



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

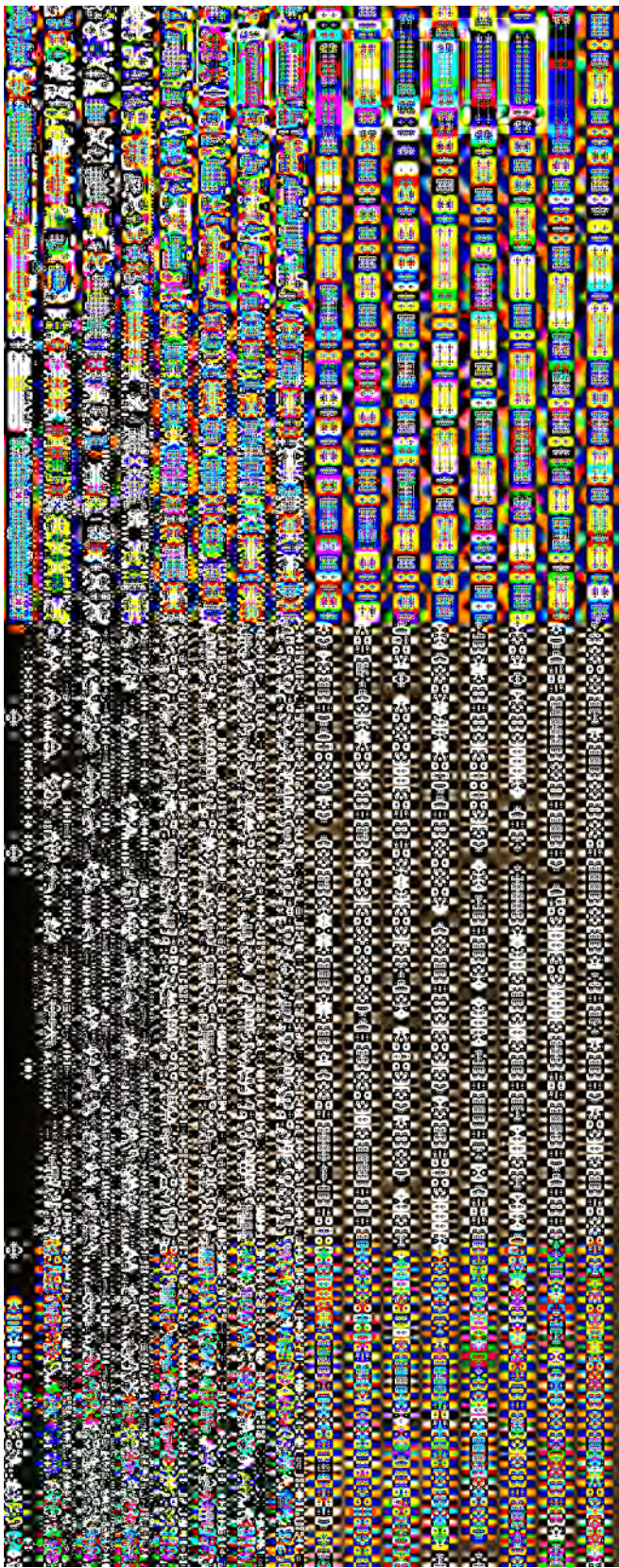
Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

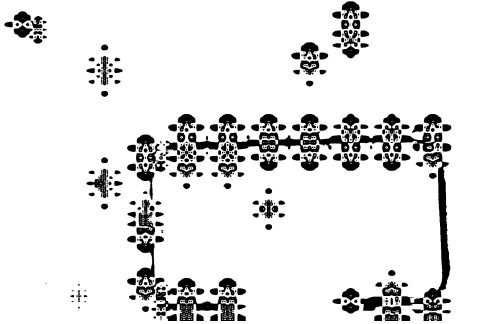
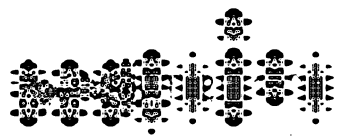
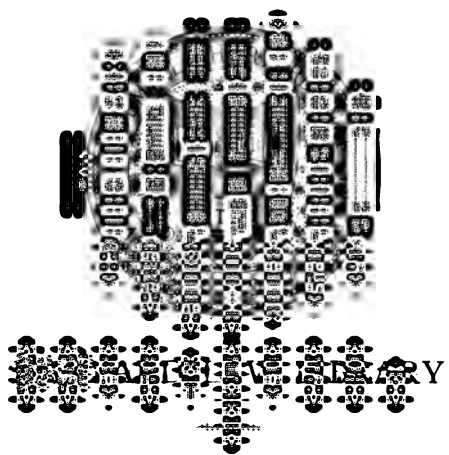
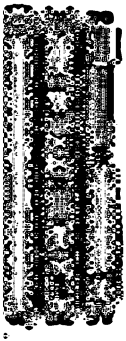
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

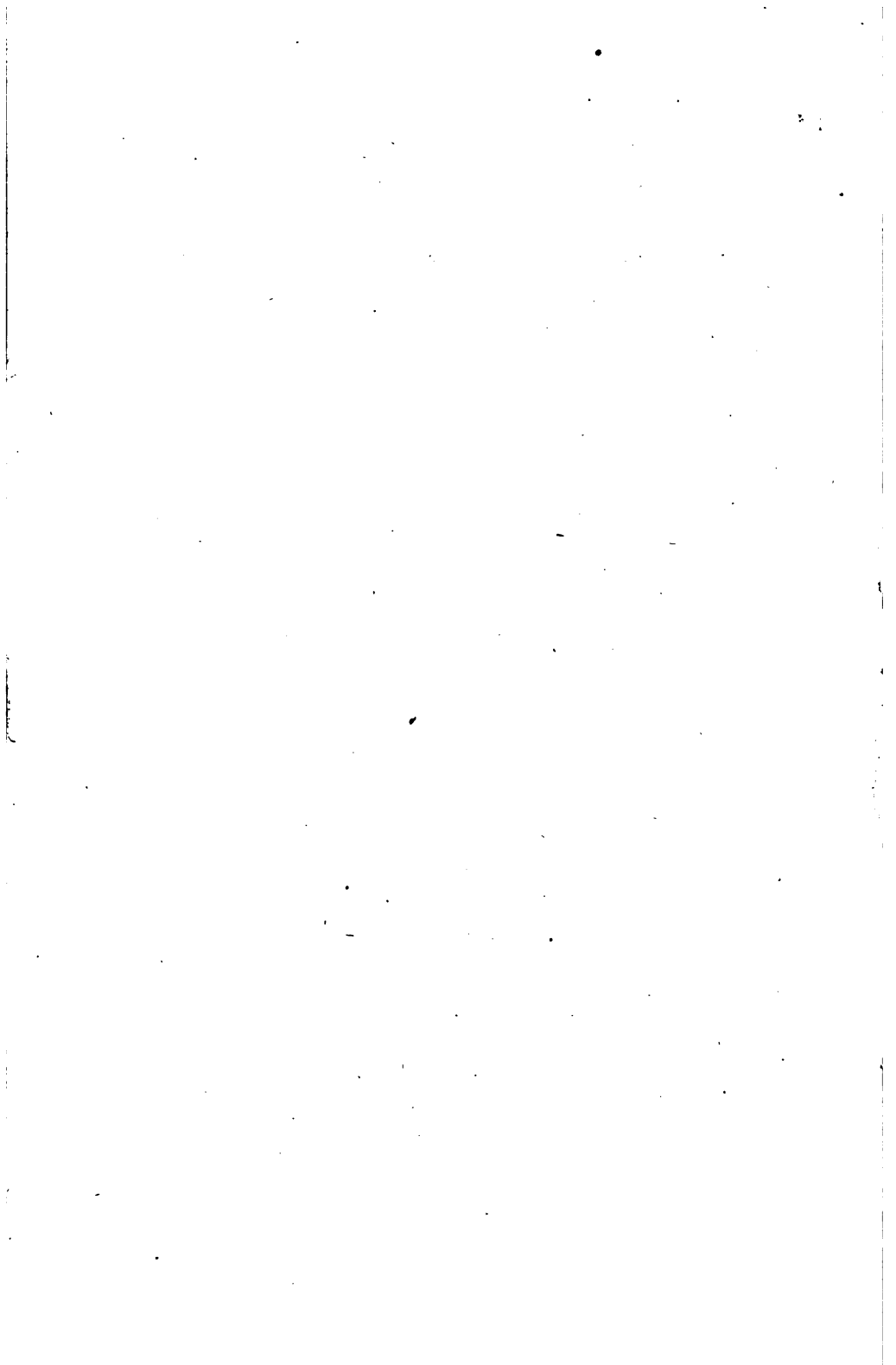
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

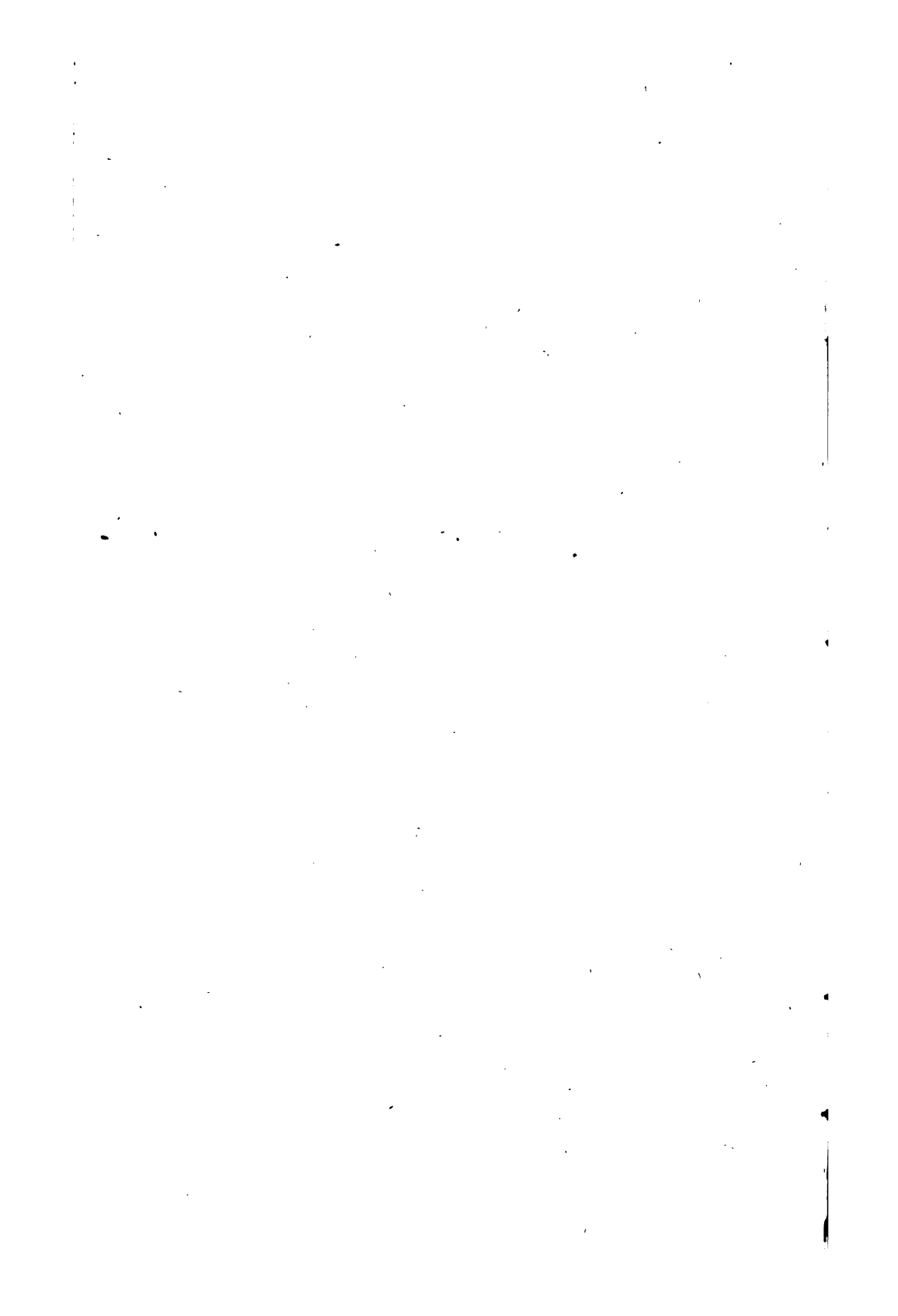




GERMANY



Dernburg's Compensation.



x

-Die

Compensation ^c

nach römischem Rechte

mit

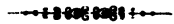
Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen

bargestellt

von

Dr. Heinrich ^{Dernburg} ~~Dernburg~~,

Privatdocenten zu Heidelberg.



Heidelberg.

Verlag von Bange & Schmitt.

1854.

Handwritten vertical line and mark on the left side of the page.

For TX
D

OCT 25 1921

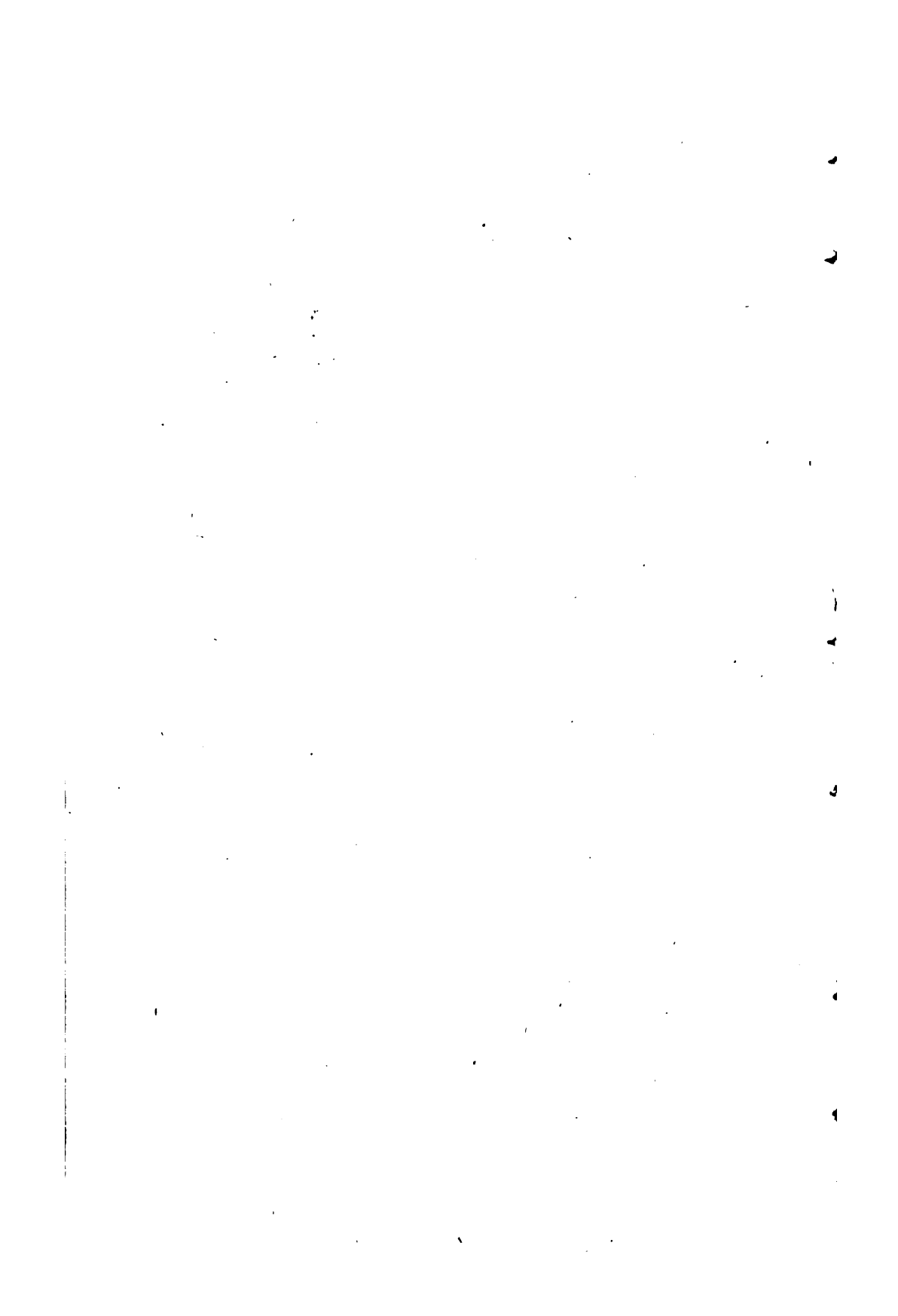
Seinem

lieben Vater und Lehrer

Dr. J. Dernburg,

Oberappellations- und Cassationsgerichtsrath
in Darmstadt

gewidmet.



Vorwort.

Das römische Obligationenrecht hat eine so reiche und vielseitige Entwicklung gehabt, wie kein anderer Theil des Rechts; mußte es doch von den Bewegungen und Veränderungen der socialen Verhältnisse am raschsten und unmittelbarsten berührt werden. Vielleicht gerade darum ist die Geschichte dieser Entwicklung im Ganzen noch wenig befriedigend bearbeitet; ja es scheint die Zeit überhaupt noch nicht gekommen, wo sie zufriedenstellend geschildert werden könnte. Einen Beitrag soll diese Darstellung des Compensationsrechts liefern.

Da so manche der wichtigsten allgemeinen Fragen noch nicht erledigt sind, so mußten freilich vielfach zuvörderst die Grundprinzipien der Obligationsverhältnisse untersucht werden, ehe die besondere Gestaltung der Compensation in denselben geschildert werden konnte; Abschweifungen waren unvermeidlich und dabei konnte doch Manches zuweilen nur andeutungsweise berührt werden. Darum haben namentlich meine Ansichten über die Natur der bonae fidei judicia Bedenken erregt, und ich bin gesonnen, dieselben später in besonderer Ausführung (also nicht in dem beschränkten Raume eines Anhangs) noch genauer zu begründen.

Meine Aufgabe war nicht bloß eine historische, ich hatte auch das Produkt der geschichtlichen Entwicklung, das römische Compensationsrecht in seiner dogmatischen Ausbildung — das noch jetzt der gesammten civilisirten Welt unmittelbar oder mittelbar zur Norm dient — darzustellen, ich hatte seine Prinzipien auf die in unseren Quellen nicht entschiedenen Fragen und die der neueren Zeit angehörnden Rechtsverhältnisse anzuwenden. Für diesen Zweck fand sich in den älteren praktischen Sammlungen, sowie in den neueren Entscheidungen deutscher und französischer Gerichte ein reicher Stoff. Hier liegt überhaupt eine Menge des trefflichsten Materials angehäuft, welches von der beständigen Fortbildung des Rechts und den Bedürfnissen des heutigen Lebens Zeugniß gibt; dessen Bewältigung und Unterordnung unter allgemeine Prinzipien eine der wichtigsten Aufgaben der heutigen Jurisprudenz ist. Auf die neueren Gesetzgebungen, die jüngsten Gesetzesentwürfe habe ich dabei Rücksicht genommen, um das Verhältniß der Sätze des römischen Rechts zu den Anschauungen der heutigen Zeit nachzuweisen. Von der älteren theoretischen Literatur ist Alles benutzt, was die Heidelberger Bibliotheken darboten; in der Anführung von Citaten aber habe ich mich einer sorgfältigen Auswahl beflissen und auch bei dogmengeschichtlichen Andeutungen nur die Führer genannt. Manche Dissertation ist mir freilich nicht zu Gesicht gekommen, ohne daß ich fürchte, daß dies dem Werke zum Nachtheile gereicht. Das Verhältniß des Buches zur neuesten Literatur suchte ich dagegen — und ich halte dies für

die Pflicht des Monographen — so sorgfältig als möglich zu zeichnen.

So nehme ich denn von diesem Werke Abschied, — ich wünsche, daß man es nicht ganz ohne Nutzen für die Wissenschaft finden möge. Es wird manche Wahrheit darin enthalten sein, manches Unvollkommene, mancher Irrthum. Die Wahrheit wird bestehen bleiben, den Irrthum wird die immer sich verjüngende Wissenschaft abstreifen und vernichten.

Heidelberg, den 27. April 1854.

Der Verfasser.

Inhaltsangabe.

Einleitung.

- | | Seite |
|---|-------|
| §. 1. Gegenstand der Erörterung ist die Lehre von der Compensation der Forderungen. Nothwendigkeit, Interesse einer historischen Entwicklung der Lehre. Uebersicht der bedeutendsten Leistungen der Literatur | 1 |
| §. 2. Bestimmung der Wortbedeutung von compensare. Vergleichung mit dem Worte computare. — Einige Begriffe über Retentionsrecht und dessen Bezeichnungen | 8 |

Erstes Buch.

Außere Entwicklung der Compensation.

Erstes Kapitel.

Älterer Zustand. Anfänge der Compensation.

- | | |
|--|----|
| §. 3. Dem alten strengen Rechte war die Coerzenz der Gegenforderungen kein Tilgungsgrund; dagegen fanden sich Formalaufhebungen behufs Compensation. Zwei Beispiele aus Plautus erklärt | 18 |
| §. 4. Zwang zur Compensation bei Klagen der Wechsler. Sonderstellung der Wechsler, besondere Gründe zur Einführung eines Compensationszwangs bei ihren Klagen. Eigenthümliche Formel derselben. Gefahr der <i>pluris petitio</i> bei ungenauem Anschlag. Rechtfertigung dieser Maßregel aus der Natur der Wechslerverhältnisse | 25 |
| §. 5. Voraussetzungen der Wechslercompensation. Wirkungen der Klagenstellung auf die beiderseitigen Rechtsverhältnisse | 36 |
| §. 6. Die Compensation, <i>deductio</i> , bei Klagen des <i>honorum emptor</i> . Billigkeit ihrer Gestattung. Eigenthümlichkeiten dieser Compensation, Vergleichung mit der Compensation des Wechslers | 51 |

Zweites Kapitel.

Compensation bei den *bonae fidei iudicia*.

- | | |
|--|--|
| §. 7. Begriffsbestimmung der <i>bonae fidei iudicia</i> . Ausbildung derselben, Untersuchung, inwieweit Zweiseitigkeit für dieselben | |
|--|--|

	Seite
Charakteristisch ist? Bekämpfung der Ansicht von Liebe, wonach Compensation in dem ursprünglichen Wesen und der Natur des bonae fidei iudicium lag	60
§. 8. Weitere Nachweise über die Selbstständigkeit der Gegenforderungen aus bonae fidei iudiciis. Prüfung der s. g. relativen Richtigkeit bei Verträgen der Pupillen. Exceptio non adimpleti contractus	69
§. 9. Die Entwicklung der Compensation in bonae fidei iud. aus der allgemeinen Gestaltung der Theorie dieser Rechtsverhältnisse, aus Cicero und Gajus nachgewiesen. Schwierigkeiten der Zulassung der Compensation	83
§. 10. Compensation bei anderen freien Klagen, bei den Theilungsklagen, bei prätorischen Stipulationen und den Klagen aus denselben	94

Drittes Kapitel.

Abzugsrechte bei der Dotalklage.

§. 11. Eigentümliche Formel, freier Charakter der Dotalklage. Berücksichtigung von Gegenansprüchen aus dem ehelichen Verhältnisse	99
- §. 12. Minderung der Dos an und für sich durch nothwendige Verwendungen, Erklärung des Satzes aus dem Begriffe der Dos	107
§. 13. Controversen bei Durchführung dieses Satzes. Parallele mit dem Rechtsfaze der Minderung des Peculiums durch Schulden an den Herrn. Verschiedene Auffassungen dieser Grundsätze. Erklärung von fr. 6 und fr. 8 D. de peculio legato 33, 8	109
§. 14. Kampf der Ansicht, wonach die körperlichen Dotalsachen selbst durch Verwendungen vermindert wurden, mit der Auffassung, wonach die Dos als Vermögensganzes durch Verwendungen verkleinert ist. Interpretation von fr. 5 D. de impens. 25, 1 und fr. 56 §. 3 D. de jure dotium. Spätere Einzahlung der Verwendungen	129
§. 15. Die übrigen retentiones ex dote	145
§. 16. Vergleichung der retentiones ex dote mit dem s. g. Retentionsrecht und der Compensation. Annäherung der Theorie dieser retentiones an die Theorie der Compensation. Aufhebung ihrer Besonderheit durch Verordnung Justinians	160

Viertes Kapitel.

Seite

**Berücksichtigung von Gegenforderungen in
strictis iudiciis.**

- §. 17. Entwicklung in den altanerkannten strengen Obligationenverhältnissen. Bedeutung der exceptio doli für dieselbe. Erweiterung der richterlichen Vollmacht bis zur Grenze der arbitria durch deren Einfügung, fr. 15 D. de doli mali exc. Verhältniß der exc. doli zur exc. in factum 172
- §. 18. Berücksichtigung von Gegenforderungen zunächst in Gefolge von except. in factum. Später wurde sie durch die exc. doli vom richterlichen Willen abhängig. Zunächst konnte der Richter Compensation nur indirekt erzwingen. Dann wurde sie direkt von ihm ausgesprochen, §. 30 J. de action. 4, 6. Entgegenstehende Ansichten von Brinz, wonach der Kläger selbst vor Marc Aurel bei Gefahr des Prozeßverlustes propter exc. doli compensiren, später immer die a. cum compensatione wie der Wechsler wählen mußte, weil eine Minderung der Condemnation in Folge der exceptio doli unmöglich gewesen sei. Prüfung derselben 179
- §. 19. I. Die Versuche, das Zeugniß der Institutionen damit zu vereinigen, mißlungen 195
- §. 20. II. Minderung der Condemnation durch exceptio doli war nicht nur möglich, sie kam auch häufig vor. Allgemeine Betrachtungen. Quellausprüche über die Wirkungen der Exceptionen 201
- §. 21. Minderung der Condemnation bei den exceptiones in factum. Nothwendigkeit in den Fällen, in denen Minderung der Condemnation billig schien, sich eine besondere Exception nach Muster der ständigen anzubitten, welche nur theilweise Abweisung herbeiführte, fr. 27 §. 5 u. 6 D. de pactis 2, 14. — fr. 17 §. 2 D. ad S. C. Vellejan. 16, 1 207
- §. 22. Beispiele von Minderung der Condemnation in Folge vorgeschützter exceptio doli. Erörterung des dagegen angeführten fr. 2 §. 7 D. de doli mali exc. 44, 4. Scheinbarer Widerspruch mit der Conception der Formel; Lösung desselben. Geschichtliche Entwicklung des Satzes 218
- §. 23. III. Die Verallgemeinerung der Wechslerklage und Abweisung jedes Klägers, der die Gegenforderung des Beklagten nicht genau anschlugs, ist unhistorisch, unwahrscheinlich und widerspricht c. 8 C. de compensat., wonach Compensation

in strengen Klagen noch beim Richter angebracht werden konnte. Erklärungsversuche von Paul. rec. sent. II. 5. §. 3. Dem Kläger wird durch dieselbe Vorschätzung der Compensation gestattet	Seite 240
§. 24. Interesse des Klägers bei einem Compensationserkenntniß. Andere Spuren von Compensation auf Antrag des Klägers in fr. 22 D. de compens. und c. 5 C. eod.	251
§. 25. Zulassung von Compensation auf persönliche Klagen aller Art, Compensation mit Forderungen ex causa dispari auf bonae fidei judicia (vergl. hier noch fr. 24 D. de pign. act. 13, 7) gestattet,	259

Fünftes Kapitel.

Compensation bei der Widerklage.

§. 26. In der Kaiserzeit sucht man dem einmal ernannten Richter die Ordnung aller Rechtsstreitigkeiten der Parteien in die Hände zu spielen. Der Beklagte konnte daher 1) fordern, daß alle Rechtsansprüche des Klägers vor einen Richter verwiesen würden. Daraus erklärt sich die exceptio litis residuae und 2) daß auch seine Gegenansprüche vor demselben verhandelt würden. Die Verweisung hing nicht bloß vom Ermessen des Magistrats ab	262
§. 27. Prozessualische Vortheile der gemeinsamen Verhandlung. Statthaftigkeit der Compensation: 1) bei Widerklagen aus einem Rechtsgeschäfte, 2) auch bei Widerklagen aus verschiedenen Geschäften mit getrennten Formeln seit der Zeit der Severi. Grundsätze der früheren Zeit. Seneca lib. VI. c. 4 u. c. 5 de beneficiis	269
<hr/>	
Vergleichender Blick auf das englische Recht	277

Zweites Buch.

Gestaltung des Dogma's.

Erstes Kapitel.

Bedeutung des Axioms, daß ipso jure compensirt werde.

§. 28. Verschiedene Auffassungen des Satzes, daß die Compensation ipso jure geschehe. 1) Materielle Erklärung als Aufhebung durch das Gesetz selbst ohne Berufung eines der	
---	--

	Seite
Parteien. Absolute Auffassung des Martinus. Modificirte des Azo. 2) Formelle Erklärung als Gegensatz zur Nothwendigkeit des Vorschützens einer excoepcio	281
§. 29. I. Prüfung der Ansicht, wonach die Gegenforderungen im Augenblicke der Coeristenz ohne jede menschliche Thätigkeit aufgehoben sind. Unvereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts, der Entwicklung der Compensation, den Quellenengnissen und mit einer Reihe von Rechtsätzen	291
§. 30. Auffassung des Azo, wonach die Gegenforderungen durch ihre Coeristenz unter Voraussetzung späterer Berufung getilgt sind. Inconsequenz, Quellenwidrigkeit derselben	299
§. 31. II. Unhaltbarkeit der Auffassung von ipso jure comp. als Gegensatz zu ope exceptionis durch Donellus und Brinz	304
§. 32. Erklärung unseres Satzes. Compensation ist ein Recht der Parteien geworden und nicht mehr vom arbitrium judicis abhängig. Nach dieser Auffassung entspricht der Grundsatz dem Gange der historischen Entwicklung, so verschwindet der Widerspruch mit anderen Nachrichten. Nachweis, daß ipso jure öfter in solchem Sinne vorkommt	310
§. 33. Bestätigung dieser Erklärung durch die Interpretation der Stellen, in welchen sich der Satz, daß ipso jure compensirt werde, findet: c. 4 C. de compens., fr. 10, fr. 4, fr. 21 D. eod.	320

Zweites Kapitel.

Compensation bei dinglichen Klagen. Verordnung Justinians.

§. 34. In klassischer Zeit hatten die Parteien auf Compensation bei dinglichen Klagen zwar noch kein Recht, doch konnte sie auch hier nach richterlichem Ermessen eintreten	338
§. 35. Daneben kamen eigenthümliche Abzugsrechte vor, bei denen die Gegenansprüche in Geld angeschlagen und so bis zu gleichem Betrage aufgehoben wurden. So bei Eigenthumsklagen wegen nützlicher Verwendungen. Compensation des gezogenen Vortheils mit den Auslagen	342
§. 36. Bei der Erbschaftsklage war ein Abzug zulässig wegen aller Auslagen, die der Besizer aus eigenem Vermögen zu Gunsten des Erblassers, der Erbschaft, des Erben machte. Recht und Pflicht des Erbschaftsbesizers zur Tilgung seiner For-	

	Seite
berungen an den Erblasser, fr. 31 §. 1 D. de her. pet. und fr. 95 §. 8 D. de solut. erklärt	352
§. 37. Aenderungen des Compensationsrechts in der christlichen Kaiserzeit. Streben nach Vereinfachung und Uniformität des Rechts. Wegfallen der formellen Schranken desselben. Compensation wird auch bei dinglichen Klagen durch die c. ult. C. de compens. ein Recht der Parteien, falls deren anderweitige Voraussetzungen vorhanden sind	358

Drittes Kapitel.

Das praktische Recht der Compensation.

§. 38. Uebersicht der gewonnenen Resultate. Compensation ist eine Einrede, die Parteien haben ein Recht auf dieselbe. Folgen dieses Satzes. Unterschied zwischen Compensabilität und durchgeführter Compensation	366
§. 39. Grundgedanke der Compensation; sie ist keine Abart der Zahlung, da sie das Vorhandensein eines Leistungsobjekts nicht voraussetzt; auch bringt sie nicht immer dem Gläubiger dieselben Vortheile, wie eine Zahlung; sie findet vielmehr ihre Rechtfertigung darin, daß es unbillig ist, zu verlangen, was man selbst noch zu leisten hat. Die durchgeführte Compensation steht in ihren materiellen Folgen der Zahlung gleich	368

Erster Abschnitt.

Voraussetzungen der Compensation.

§. 40. A. Gegenseitigkeit der Forderungen. Grund, weshalb Forderungen eines Dritten auch mit dessen Einwilligung zur Compensation nicht benutzt werden können. Anwendung dieser Regel auf Stellvertretungsverhältnisse. Vertretung mit Uebernahme einer Schuld	375
§. 41. Nähere Bestimmung der Regel. — 1) Im Falle eines Erbanges. Fr. 16 D. de compens. erklärt. Verhältnisse beim Erbschaftsantritte sub beneficio inventarii, bei der Ertheilung eines beneficium separationis. 2) Bei Cessionen und beim Uebergange von a. utiles. — Compensation im Concurs. 3) Bei Delegationen, Wechsln, Papieren au porteur. 4) Bei Assignationen. 5) Bei Forderungen von Gesellschaften. — Römisches, modernes Recht. 6) Compensation mit Obligationen der Ehegatten	380

	Seite
§. 42. Ausnahmeweise Geltendmachung der Compensation aus Forderungen Dritter. 1) Durch den Bürgen aus Forderungen des Hauptschuldners. Erörterung, ob auch der fidejussor donandi animo dies Recht habe. 2) Durch den correus debendi aus Forderungen des correus socius. Verhältnisse der correi credendi. 3) Ausnahme, deren fr. 9 D. de compens. erwähnt	404
§. 43. B. Gleichartigkeit des Gegenstandes. Fall ursprünglicher Gleichartigkeit. Einzelne Erörterungen. 1) Compensation mit Gegenforderungen in verschiedenen Münzfußes oder Münzsorten. 2) Mit Forderungen auf eine an bestimmtem Orte befindliche Summe. 3) Mit alternativen Obligationen. 4) Mit Obligationen auf ein Thun, mit s. g. Obligationen auf Rechnungsstellung	411
§. 44. Fortsetzung. Gleichartigkeit durch spätere Verwandlung. 1) Abschätzung der Gegenforderungen in Geld war zur Zeit des klassischen Rechts gewöhnlich, daher konnten damals auch ursprünglich ungleichartige Forderungen aller Art zur Compensation gebracht werden. 2) Ebenso verhält es sich selbst bei Klagen auf Sachrestitution (fr. 18 §. 4 D. commodati), falls Gegenforderungen ex eadem causa opponirt wurden. 3) Verhältniß der Retention und der Compensation in solchen Fällen. Blick auf die Wirkungen des Retentionsrechts. 4) Compensation mit Gegenforderungen ex dispari causa bei Forderungen auf Sachrestitution nicht zugelassen. 5) Prinzipien des heutigen Rechts in Bezug auf Compensation ursprünglich ungleichartiger Gegenforderungen.	418
§. 45. C. Ergibilität. 1) Betagte, 2) geständete, 3) bedingte Forderungen. 4) Ansprüche, bei denen die Voraussetzungen der Klagbarkeit noch nicht alle eingetreten sind. 5) An bestimmtem Orte zu erfüllende Obligationen. 6) Forderungen, denen eine peremptorische Exception entgegen steht. 7) Naturalobligationen	429
§. 46. D. Ausnahmen von der Statthaftigkeit der Compensation. 1) Im Falle des Verzichts; ausdrückliche, stillschweigende Erklärung. 2) Bei Forderungen mit vertragsmäßigen Modalbestimmungen. 3) Bei Forderungen mit gesetzlichen Modalbestimmungen, auf Alimente. 4) Beim Depositum. 5) Bei unrechtmäßiger Occupation fremden Besitzes. 6) Ausnahmen bei gewissen Forderungen des Fiscus und der Städte. Allgemeine Prinzipien. Regulirung im Einzelnen	440

Zweiter Abschnitt.

Geltenbmachung der Compensation.

	Seite
§. 47. Antrag auf Compensation. Fassung, Zeitpunkt des Vorschüßens, Beweis	455
§. 48. Wahlrecht im Falle der Concurrenz mehrerer Forderungen. 1) Die Gegenforderungen treten sich successive gegenüber. 2) Es fanden dem einen Theile bereits mehrere Forderungen zu, ehe sich die Gegenforderungen gegenübertraten. Wahlrecht des Inhabers der mehreren Forderungen	459
§. 49. Liquidität als Erforderniß der Geltendmachung. 1) Allgemeine Betrachtungen. 2) Die Liquidität als besonderes Requisit dem klassischen Recht unbekannt. 3) Veranlassung ihrer besondern Hervorhebung durch Justinian. Sinn seiner Constitution. Der freien Beurtheilung des Richters wird es überlassen, ob die Compensationseinrede wegen Illiquidität zu besonderer Verhandlung zu verweisen sei. 4) Nachweis, daß bei gehöriger Vorschätzung der Compensationseinrede im ordentlichen deutschen Prozesse Liquidität nicht nothwendig ist. 5) Neuere Gesetzgebungen, französische, preussische, österreichische	463
§. 50. Richterliche Entscheidung über die Compensation. 1) Anerkennung und Durchführung der Compensation. Rechtskraft des Compensationserkenntnisses. 2) Verwerfung der Klageforderung. 3) Verwerfung des zur Compensation gebrachten Anspruches. Rechtskraft dieses Erkenntnisses	483
§. 51. Zeitpunkt der Abrechnung. Die Compensationseinrede wirkt wie jede Exception vom Augenblicke, wo ihre objektiven Voraussetzungen eintreten. Daher wird von da an 1) der Zinsenlauf sistirt, 2) findet im Falle der Zahlung ohne Wissen <i>condictio indebiti</i> statt. — Fall der Zahlungsannahme ohne Kenntniß der Gegenschuld, 3) hört die Mora auf u. s. f.	487
§. 52. Vertragmäßige Compensation. Voraussetzungen, Wirkungen	494

Quellenregister.

I. Vorjustinianische Rechtsquellen.

- Gaji inst. IV., 63. (§. 91.)
 IV., 64. (§. 30.)
 IV., 65. (§. 53.)
 IV., 66. (§. 38, 54 u. 55.)
 IV., 67. (§. 39, 56.)
 IV., 68. (§. 33, 57.)
 IV., 115—120. (§. 204.)
 IV., 119. (§. 207.)
 IV., 122. (§. 263.)
 IV., 123. (§. 202.)
 IV., 172. (§. 243.)
- Paul. receptae sententiae II., 5, 3,
 (§. 246 fignde.)
 II., 12. (§. 426.)

II. Justinianische Rechtsquellen.

1) Institutionen.

- pr. J. de tut. auct. 1, 21. (§. 71.)
 §. 30 J. de act. 4, 6. (§. 186,
 §. 195—201, §. 361.)
 §. 37 D. act. 4, 6 (§. 109.)
 Theophilus ad Inst. §. 30 de
 act. (§. 187.)

2) Pandekten.

- fr. 11 D. de jurisdictione 2, 1,
 (§. 264 fignde.)
 fr. 27 §. 5 u. 6 D. de pactis 2, 14.
 (§. 212.)
 fr. 47 §. 1 D. eod. (§. 23, 494.)
 fr. 56 D. eod. (§. 78.)
 fr. 10 D. de neg. gest. 3, 5. (§. 435.)
 fr. 8 pr. D. de capite minut. 4, 5.
 (§. 105.)
 fr. 22 D. de judiciis 5, 1. (§. 266.)
 fr. 21 §. 2 D. de inoff. test. 5, 2.
 (§. 341.)
 fr. 31 §. 1 u. 2 D. de her. pet. 5, 3.
 (§. 354 fignde.)

- fr. 50 §. 1 D. eod. (§. 353.)
 fr. 28—30 D. de rei vind. 6, 1. (§. 348.)
 fr. 32 D. eod. (§. 350.)
 fr. 38 D. eod. (§. 228, 349.)
 fr. 48 D. eod. (§. 350.)
 fr. 56 D. eod. (§. 127.)
 fr. 65 D. eod. (§. 351.)
 fr. 1 §. ult. D. quando dies usufr.
 7, 3. (§. 335.)
 fr. 47 D. ad legem Aquilianam 9, 2.
 (§. 238.)
 fr. 28 D. de noxal. act. 9, 4. (§. 318.)
 fr. 52 §. 2 D. fam. ercisc. 10, 2.
 (§. 95.)
 fr. 8 §. 1 D. comm. div. 10, 3.
 (§. 128.)
 fr. 1 D. de quibus rebus ad eun-
 dem f. 11, 2. (§. 263.)
 fr. 9 §. 1 D. de cond. causa dat.
 12, 4. (§. 219 fignde.)
 fr. 26 §. 4 D. de conduct. indebiti
 12, 6. (§. 423.)
 fr. 14 §. 2 D. de cond. furtiva 13, 1.
 (§. 238.)
 fr. 18 §. 4 D. commodati 13, 6.
 (§. 421 fignde.)
 fr. 24 D. de pignorat. act. 13, 7.
 (§. 342.)
 fr. 25 D. eod. (§. 156.)
 fr. 4 §. 5. D. de peculio 15, 1.
 (§. 124.)
 fr. 17 §. 2 D. ad S. C. Vellejanum
 16, 1. (§. 214 fignde.)
-
- fr. 2 D. de compensat. 16, 2. (§. 184.)
 fr. 3 D. de eod. (§. 29.)
 fr. 4 D. eod. (§. 282, §. 307,
 §. 331 fignde., §. 404.)
 fr. 5 D. eod. (§. 463.)
 fr. 6 D. eod. (§. 438.)
 fr. 7 D. eod. (§. 40, §. 430 fignde.)
 fr. 8 D. eod. (§. 457.)
 fr. 9 D. eod. (§. 409 fignde.)

fr. 10 pr. D. eod. (S. 306, S. 323
fignbe. §. 1. S. 491. —
§. 2. S. 259 fignbe. —
§. 3. S. 97 fignbe.)
fr. 11 D. eod. (S. 490.)
fr. 13 D. eod. (S. 59.)
fr. 14 D. eod. (S. 435.)
fr. 15 D. eod. (S. 434.)
fr. 16 pr. (S. 331 fignbe. §. 1. S. 431.)
fr. 17 D. eod. (S. 452.)
fr. 18 pr. D. eod. (S. 385. §. 1.
S. 41, S. 375.)
fr. 20 D. eod. (S. 452.)
fr. 21 D. eod. (S. 307, S. 326 fignbe.)
fr. 22 D. eod. (S. 257 fignbe., S. 466.)
fr. 23 D. eod. (S. 377.)

fr. 23 D. depositi 16, 3 (S. 267.)
fr. 10 §. 9 D. mandati 17, 1. (S. 89.)
fr. 23 §. 1. D. de her. vend. 18, 4.
(S. 390.)
fr. 5 D. de rescindenda vend. 18. 5.
(S. 79.)
fr. 7 §. 1 D. eod. S. 72.
fr. 34 §. 3 D. de contr. emt. 18, 1.
(S. 73.)
fr. 13 §. 29 D. de act. emti 19, 1.
(S. 72.)
fr. 19 D. eod. (S. 70.)
fr. 25 D. eod. (S. 81.)
fr. 42 D. eod. (S. 85.)
fr. 50 D. eod. (S. 79.)
fr. 4 D. qui pot. in pignore 20, 4.
(S. 373.)
fr. 19 D. de probat. 22, 3. (S. 211.)
fr. 26 D. eod. (S. 444.)
fr. 38 D. de jure dotium 23, 3.
(S. 159.)
fr. 56 §. 3 D. eod. (S. 140 fignbe.)
fr. 5 pr. D. de pact. dot. 23, 4.
(S. 148.)
fr. 5 §. 2. (S. 111, 118.)
fr. 18 D. de fundo dot. 23, 5. (S. 156.)
fr. 7 §. 2 D. de don. i. v. et u. 24, 1.
(S. 185.)
fr. 19 §. 1 D. eod. (S. 159.)
fr. 32 §. 9 D. eod. (S. 185.)
fr. 55 D. eod. (S. 155.)
fr. 15 §. 1 D. soluto matrimonio
24, 3. (S. 147.)
fr. 24 §. 6 D. eod. (S. 158.)
fr. 39 D. eod. (S. 148.)

fr. 66 §. 1 D. eod. (S. 153.)
fr. 1 §. 1 D. de impensis in res dot.
25, 1. (S. 113.)
fr. 4 D. eod. (S. 112.)
fr. 5 D. eod. (S. 132 fignbe.)
fr. 7 §. 1 D. eod. (S. 155.)
fr. 8 D. eod. (S. 157, 161.)
fr. 9 D. eod. (S. 158.)
fr. 14 D. eod. (S. 111.)
fr. 3 §. 2 D. rer. amot. 25, 2. (S. 152.)
fr. 8 D. eod. (S. 151.)
fr. 36 D. administr. tutelae 26, 7.
(S. 311, 330.)
fr. 3 D. de tutelae act. 27, 4. (S. 467.)
fr. 8 D. de rebus eorum 27, 9.
(S. 317.)
fr. 17 §. 1 D. de testamento militis
29, 1. (S. 382.)
fr. 21 §. 1. D. ad S. C. Silanianum
29, 5. (S. 357.)
fr. 51 D. de legatis I. (S. 415.)
fr. 85 D. eod. (S. 221 fignbe.)
fr. 41 §. 1 D. de legatis II. (S. 117.)
fr. 76 pr. D. eod. (S. 345.)
fr. 1 §. 4 D. de dote prael. 33, 4.
(S. 131.)
fr. 2 §. 1 D. eod. (S. 117.)
fr. 5 D. eod. (S. 110, S. 163 fignbe.)
fr. 8 D. de tritico, vino 33, 6. (S. 429.)
fr. 6 D. de peculio legato 33, 8.
(S. 124.)
fr. 8 D. eod. (S. 125 fignbe.)
fr. 5 §. 1 D. de his, quae ut in-
dignis 34, 9. (S. 315.)
fr. 64 §. 1 D. de cond. et dem. 35, 1.
(S. 317.)
fr. 15 pr. D. ad legem Faloid. 35, 2.
(S. 217.)
fr. 16 D. eod. (S. 225.)
fr. 88 pr. u. §. 1 D. eod. (S. 226 fignbe.)
fr. 1 §. 5 D. de collatione dotis 37, 7.
(S. 111.)
fr. 42 pr. D. de mortis causa don.
39, 6. (S. 177.)
fr. 20 pr. D. de statuliberis 40, 7.
(S. 223 fignbe.)
fr. 19 D. de causa liberali 40, 12.
(S. 373.)
fr. 2 D. de except. 44, 1. (S. 206.)
fr. 20 D. eod. (S. 207.)
fr. 22 D. eod. (S. 205.)
fr. 1 D. de doli mali exc. 44, 4.
(S. 175.)

fr. 2 §. 7 D. eod. (S. 231.)
fr. 3 D. eod. (S. 233.)
fr. 4 §. 8 D. eod. (S. 181 fignde.,
189, 420.)
fr. 5 §. 1 D. eod. (S. 345.)
fr. 8 D. eod. (S. 187 fignde.)
fr. 15 D. eod. (S. 176.)
fr. 16 D. eod. (S. 225.)
fr. 10 De duobus reis 45, 2. (S. 408.)
fr. 48 D. de solut. 46, 3. (S. 321.)
fr. 95 §. 8 D. eod. (S. 356.)
fr. 6 §. 1 D. ratam rem haberi 46, 8.
(S. 189, S. 438.)
fr. 1 §. 4 D. quae sent. sine appell.
49, 8. (S. 274.)
fr. 1 §. 1 D. de jure fisci 49, 14.
(S. 319.)
fr. 45 §. 4. D. eod. (S. 469.)
fr. 46 §. 5 D. eod. (S. 452.)

3) C o b e r g.

c. 4 C. de her. pet. 3, 31. (S. 353.)
c. 14 C. de rei vindic. 3, 32. (S. 222
fignde.)
c. 3 C. communi divid. 3, 37. (S. 96.)
c. 4 C. commodati 4, 23. (S. 426.)
c. 2 C. de non numerata pec. 4, 30.
(S. 229.)
c. 9 C. eod. (S. 229.)

q. 1 C. de compensat. 4, 31. (S. 351.)
c. 3 C. eod. (S. 453.)
c. 4 C. eod. (S. 306, 320 fignde., 373.)
c. 5 C. eod. (S. 258, 311, 491.)
c. 9 C. eod. (S. 244 fignde., S. 420.)

c. 8 C. eod. (S. 244 fignde., S. 420.)
c. 9 C. eod. (S. 375.)
c. 13 C. eod. (S. 495.)
c. 14 C. eod. pr. (S. 361 fignde.,
S. 196 §. 1 S. 471 fignde.
fin. S. 449.)

c. 11 C. depositi 4, 34. (S. 447
fignde.)
c. 1 C. rerum amot. 5, 21. (S. 276,
420.)
c. un. c. 5 C. de rei uxoriae a. 5, 13.
(S. 168 fignde.)
c. 7 C. de solut. 8, 43. (S. 491.)
c. 14 C. de sentent. et interloc. 7, 45.
(S. 275.)

III. Nichtjuristische Schriftsteller.

Plauti, Mostellaria act. I. sc. 3,
140. (S. 23.)

Plaut., Aulularia III. 5, 54. (S. 24.)

Varro, ling. lat. VI. 63. (S. 10.)

Cic. de off. III. c. 17. (S. 88 n.
fignde.) III. 16, 61.
(S. 63.)

Boethius, ad. Cic. Topica c. 17,
VI. S. 106.

Quintilian, inst. or. III. 10 §. 1.
(S. 269.)

Seneca, de beneficiis lib. VI.
c. 4—6. (S. 271 fignde.)
c. 4. (S. 183.) c. 5.
(S. 122.)



Einleitung.

§. 1.

Gegenstand unsrer Erörterung. Methode. Literatur.

Die Aufgabe die wir uns gestellt haben, ist, die Grundsätze des römischen Rechts über die Aufhebung gegenüberstehender Forderungsrechte im weiteren Sinne durch Compensation darzustellen. Sie schlägt also zum größeren Theil ins Obligationenrecht ein; doch haben wir uns auch mit Gegenforderungen gegen dingliche Klagen zu beschäftigen.

Der Gang, den wir bei der Erörterung unseres Gegenstandes einzuschlagen hatten, konnte aber nur der einer historischen Entwicklung sein. Allerdings gilt es uns zuvörderst um das Verständniß der justinianeischen Compilation; jenes großen Vermächtnisses, welches die Römer den Völkern der Zukunft zur Aneignung und Belehrung hinterließen. Indessen wissen wir ja, daß die Bestimmungen, die hier aufgenommen sind, wie alle historischen Erscheinungen zugleich das Produkt der Bestrebungen einer entfernteren Vergangenheit und der Bedürfnisse einer — heutzutage längst entschwundenen — Gegenwart waren; so daß uns ihre innere Nothwendigkeit und geistige Bedeutung stets nur durch die Kenntniß der Vergangenheit deutlich werden kann. Bei der Compensation kommt aber

noch das Besondere hinzu, daß selbst die Form, welche die einzelnen Rechtsätze in der Compilation tragen, durchaus noch die Spuren des Werdens zeigt — und zwar unter Verhältnissen, die unsrer unmittelbaren Kenntniß besonders ferne gerückt sind. Sie kam zunächst im Prozeß und durch richterliche Vermittlung zur rechtlichen Erscheinung und Existenz; ihre Ausbildung war daher von der Gerichtsverfassung, dem Verfahren und der Form der einzelnen Klage, bei welcher sie angerufen wurde, abhängig. Dieser Einfluß hat selbst dann nicht aufgehört als sich auch die materielle Rechtsidee, die unsrerem Institute inwohnt, an und für sich Geltung zu verschaffen wußte und hat die Formulirung der Rechtsätze in welcher sich dieselben gleichsam versteinerten und in die Compilation übergingen in positiver und negativer Weise bestimmt. Es ist daher zur Erkenntniß der wörtlichen Bedeutung, des materiellen greifbaren Sinns dieser einzelnen Regeln nothwendig vorher auf die ältere Zeit und in die älteren Prozeßformen, so alterthümlich und fremd sie uns bisweilen erscheinen mögen, einzugehen und die historische Entwicklung unserer Lehre so lebendig als möglich in unserm Geiste zu reproduciren. Nur auf diesem Wege können wir die Lösung der zahlreichen und wichtigen Streitfragen finden, welche nun schon seit Jahrhunderten in der romanistischen Jurisprudenz hin- und hergeworfen werden; nur so kann sich uns die innere Einheit enthüllen, welche die verschiedenen Rechtsbestimmungen verbindet, die sich in dieser Lehre scheinbar willkürlich und räthselhaft widersprechen; können wir uns der Erkenntniß jenes Gedankens nähern, von dem aus alle einzelnen Sätze der römischen Theorie als nothwendige Consequenzen nicht als willkürliche Anordnungen erscheinen müssen.

Aber auch an und für sich ist die Geschichte der allmählichen Verschlingung und der sich steigenden Wechselwirkung verschiedenartiger gegenüberstehender Rechtsverhältnisse höchst merkwürdig. Wie ein Kind im Anfang nur das Nächstliegende zu überschauen vermag, wie sich erst nach und nach sein Gesichtskreis erweitert, die Begriffe in Verbindung treten, bis es ihm dann allmählig gelingt sie nach Willkür zu verschlingen und zu vereinen, so geht es auch mit den Anschauungen der Nationen. Darum wußten die römischen Richter in frühesten Zeit jedes Recht nur einzeln, gesondert und für sich zu betrachten, jeder Versuch noch andre Verhältnisse zu beachten hätte sie verwirrt. Dies blieb die Basis des strengen Rechts, *jus strictum*. Mit der Umgestaltung der Rechtsideen und der Erweiterung der prozessualischen Anschauung wurden auch Gegenforderungen mehr und mehr von Einfluß. Compensation wurde zuerst in einzelnen bestimmten Ausnahmeverhältnissen zulässig, dann trat sie ein, wo ihre Anwendung im speciellen Falle dem Richter besonders billig erschien. Ihre Vollendung hat aber die Entwicklung innerlich erst gefunden, als die Compensation nicht mehr an das subjective Ermessen gebunden blieb, sondern allgemeines objektives Recht der Partheien wurde, als wie Papinian sagt *aequitas „merum jus“ compensationis* introduxit.

In den Quellen findet sich denn auch ein genügendes, in gewissem Betracht ein reiches Material zur Rekonstruktion unserer Geschichte und wenn uns gleich jede neue Notiz auf neue Lücken in unserer Kenntniß aufmerksam macht, so lassen sich doch jedenfalls die Umrisse des Ganzen erkennen; im Einzelnen wird uns Vieles wohl immer verborgen bleiben. — Aber auch der Stand unserer Literatur erleichtert eine umfassendere Bearbeitung.

In den Schriften der Aelteren finden wir natürlich für die

Art der Behandlung, die wir hier im Auge haben, wenig Unterstützung. Wie sich die Glossatoren und Postglossatoren in einzelnen Fragen zu helfen suchten, darauf werden wir zuweilen im Einzelnen zurückkommen müssen; im Ganzen haben sie weder das Bedürfnis noch die Fähigkeit gehabt das römische Recht in seiner eigenthümlich nationalen Gestaltung zu erkennen. Ihre Aufgabe war, so weit es die disparaten Stoffe der Compilation zuließen, ein festes Dogma zusammenzuschmieben. Für die Fortbildung der Theorie findet sich bei den Postglossatoren unter vieler Spreu doch auch vieles Brauchbare ¹⁾. Aber es wäre gewiß hier nicht am Ort auszuführen, was bereits Cynus für diesen Zweck gethan hat, oder Bartolus und Balbus in ihren Commentarien zu den Titeln de compensationibus geleistet haben. — Selbst die in ihrer Art grandiose Arbeit von Tyndarus ²⁾ können wir hier nur mit einem Wort berühren.

Dagegen hat bereits Cujacius ³⁾ in einzelnen Lehren eine historische Entwicklung nachzuweisen gesucht, namentlich in Bezug auf das Requisite der Equidität, Donellus ⁴⁾ hat nach einer historischen Bereinigung der Quellenzeugnisse geforscht, wo-

1) Auch bei den Prozessualisten ließe sich für diesen Zweck Manches finden. Da es uns hier um eine Dogmengeschichte durchaus nicht zu thun ist, so ist überhaupt Manches aus der älteren und mittleren Literatur absichtlich übergangen, so die Traktate von Sebastianus Medicis (1572) dann von Vultejus, Maestertius u. s. f.

2) Tractatus notabilis et utilis domini Tyndari in materia compensationum (editio Francofurtensis 1574 S. 232—346)

3) Cujacius an versch. Orten bes. comm. ad Cod. h. t. und obs. XV, 12. VIII, 6.

4) Hugonis Donelli comm in Cod. h. t. const. IV. n. 6. (ed. Luc. vol. 8. S. 326.)

nach die Compensation bald ipso jure bald ope exceptionis zu wirken scheint. Duarenus ¹⁾ hat einen kühnen Griff in das ältere römische Recht gethan um die herrschende Lehre, wonach zur Compensation Gleichartigkeit der Gegenforderungen gehört, zu verdrängen, Merillius ²⁾ ist ihm gefolgt; Donellus, Beloius ³⁾ in einem gelehrten aber nicht sehr scharfsinnigen Traktat hat ihn bekämpft. — Daneben schleppten sich die einmal aufgestellten Dogmata in Compendien und akademischen Dissertationen von Geschlecht zu Geschlecht. Fortbildungen finden sich noch am meisten in den praktischen Entscheidungen, die freilich nicht immer mit dem praktischen Takt eines Anton Faber ⁴⁾ gefällt wurden.

Erst die neuere Zeit hat sich aber mit wissenschaftlichem Geiste der Lehre von der Compensation zugewandt. Sifrig hat man gesucht mit der freieren Anschauung, die man von der Rechtsbildung hatte, mit den neuen Hilfsmitteln, welche die Kenntniß des römischen Processes darbot, Licht in die Theorie unseres Rechtsinstituts zu bringen. Es drängt gewissermaßen die Geister sich an diesem historischen Problem zu versuchen. Zuerst hat Haffe ⁵⁾, veranlaßt durch einen Rechtsfall, in seiner eleganten Weise das Erforderniß der Liquidität näher besprochen. Die Geschichte der Compensation wird hereinge-

1) Duareni commentarius in Tit. Dig. soluto matrimonio ad legem 7. §. 5.

2) Morillii observ. lib. IV. c. 35.

3) Beloius disputatio de compensationibus Meermann. thes. IV. p. 733.

4) Anton Faber codex definitionum for. Sabaudiae IV, 23.

5) Haffe über die Compensation und ihre Liquidität Archiv für civ. Praxis Bd. 7. 1824. S. 145—207.

zogen und ohne daß die Sache zum Abschluß gebracht wird, wirkt er doch nach allen Seiten hin anregend. Eine gleichzeitige Abhandlung von Valett ¹⁾ sucht nachzuweisen, daß Justinian das Requisite der Gleichartigkeit der Gegenforderungen bei der Compensation aufgehoben habe. Sie hat wenig Beachtung gefunden. — Darauf hat Bethmann-Hollweg ²⁾ einen andern Punkt herausgegriffen. Er sucht vornehmlich den Satz zu erklären, daß die Compensation ipso jure eintrete, doch ist seine Ausführung mehr spitz als scharf und wenn auch manches Interessante besprochen wird ohne die breite rechtshistorische Basis, welche die Frage lösen konnte. Ein Programm von Einert ³⁾, welches die Schwierigkeiten auf andere wie es scheint etwas gewaltsame Weise zu beseitigen versprach, blieb ein Fragment.

Die Monographie von Krug ⁴⁾ über die Compensation sucht gleichfalls im ersten Theil die streitigen Prinzipien unserer Lehre durch eine historische Erörterung festzustellen. So befriedigend aber seine Arbeit in einzelnen dogmatischen Ausführungen ist, so wenig genügend ist die historische Darstellung; die Grundidee der römischen Compensation ist dabei gewiß verkannt. Ihm folgte eine Monographie von Harter ⁵⁾ mit

1) Valett Abhandlungen Göt. 1824. S. 138—158.

2) Bethmann-Hollweg, Beitrag zu der Lehre von der Compensation. Rhein. Museum für Jurisprudenz 1827. Bd. I. S. 257—285.

3) Dr. Carolus Einert de compensatione specimen I. 1830, S. 1—11.

4) Krug, die Lehre von der Compensation. Leipzig 1833. Eine gründliche und ausführliche Recension hat Fuhr geliefert, Schunks Jahrbücher Bd. 27 S. 109—150 und 217—255. — Einen Nachtrag, Krug Archiv Bd. 25 S. 211—226.

5) Das römisch deutsche Recht der Compensation von Dr. Ferdinand

dem traurigen Gepräge selbstgefälliger Unwissenheit und Oberflächlichkeit.

Dagegen ist ausgezeichnet eine Abhandlung von Sinentis¹⁾ über die prozessualische Natur der Compensation. Sie ist sehr häufig zu richtigen Resultaten gelangt, wenn sie gleich nicht immer vollständig begründet sind. — Ein Aufsatz von Tellkamp²⁾ über Liquidität brachte im Ganzen nichts Neues.

Endlich erschien die Monographie von Brinz³⁾, welche jedenfalls das Verdienst hat, durchaus von neuen Gesichtspunkten ausgegangen zu sein. Inwiefern diese aber richtig sind, inwieweit sie begründet wurden, darüber können wir uns eines allgemeinen Urtheils um so eher enthalten, als wir häufig im Einzelnen auf dieselben zurückzukommen haben. Doch können wir die Ansicht⁴⁾ nicht theilen, wonach durch diese Schrift die Lehre von der Compensation einen festen und sicheren Abschluß gewonnen haben soll. — Auf seine Resultate baut dann Scheurl⁵⁾ weiter, welcher uns wieder mehr einzelne gelungene und minder gelungene historische Bemerkungen vorführt. — Dagegen ist eine Abhandlung von Fuhr⁶⁾ mehr mit der Vertheidigung

Sarrter, München 1837. — Später schrieb derselbe Schriftsteller, Zeitschr. f. E. Bd. 19 S. 123 eine Abhandlung zur Berichtigung (I) der Theorien der compensatio und deductio.

1) Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. Bd. 18, 1843. Von der prozessualischen Natur der Compensation, S. 1 — 37. Früher eine Recension über Sarrter. Leipziger A. L. Z. März 1838. S. 333.

2) Ueber das Erforderniß der Liquidität. Arch. B. 23 S. 301—342.

3) Brinz, die Lehre von der Compensation. Leipzig 1849.

4) Recension im Leipz. Repert. J. 50, Bd. 2 S. 205—207.

5) Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Erlangen 1853 VII. Compensation S. 149—190.

6) Archiv für praktische Rechtswissenschaft, herausgegeben von

des hergebrachten — im Resultate gewiß richtigen — Systems der Praxis beschäftigt und bemüht, dieses vor den einzelnen Schlägen zu schützen, welche ihm die historische Auffassung von Br^{ing} beibringt.

§. 2.

Bestimmung des Sprachgebrauchs.

Ob wir die Ausführung unserer Aufgabe in Angriff nehmen können, muß aber ein Punkt wenigstens im Allgemeinen festgestellt sein, von dem aus wir sicher fortschreiten können; wir haben die Bedeutung der Ausdrücke genau zu bestimmen, mit denen die Römer die Einwirkung gegenseitiger Forderungen aufeinander bezeichneten. War viele Irrthümer und Mißverständnisse, die sich von Schriftsteller zu Schriftsteller forterbten, sind gerade dadurch entstanden, daß man sich über diesen Ausgangspunkt nicht völlig klar geworden ist.

Bei weitem der gewöhnlichste Ausdruck zur Bezeichnung der Einwirkung einer Forderung, die man anruft, auf eine andere, die man elidiren möchte, ist *compensatio* und *compensare* — In früherer Zeit ¹⁾ hat man meist angenommen, diese Bezeichnung stamme aus der Periode, in der man sich Zahlung durch Zuwägen geleistet hat und behauptete, es solle auf

Schäffer, n. f. f. I. Bb. 2. Heft. Regensburg 1853 XVI. zur Lehre von der Compensation S. 120—156.

1) Donellus, *comm. juris civ.* lib. 16 cap. 15 §. 1 und dann immer wiederholt, z. B. Lauterbach, *collegium Pandectarum* 1784 Bb. 1 S. 876. Glück Bb. 15 S. 59 Anm. 45; in keiner der unzähligen Inauguraldissertationen über Compensation fehlt dieser „elegante“ Gemeinplatz, vergl. z. B. noch Nicolaus la Grappe, *de compensationibus juris romani et hodierni Lugduni Batavorum* 1822. S. 6.

eine durch diesen Akt vermittelte gegenseitige Tilgung der Obligationen angespielt werden. Man hat dies wohl dazu benutzt um die Behauptung zu unterstützen, Compensation sei eine Art von Zahlung. Allein diese Ableitung ist schon aus historischen Gründen unmöglich, die Compensation hat bei weitem nicht ein so hohes Alter.

Vielmehr bedient sich hier die Rechtsprache eines auch im gewöhnlichen Leben sehr häufig vorkommenden Bildes. Die Wirkung zweier Gegenstände die miteinander aufgewogen werden, hebt sich auf. Daher bezeichnet *compensare* das Entkräften der Wirkung der einen Sache durch die entgegengesetzte Kraft einer andern. Schon Cato soll das Wort so gebraucht haben Cic. pro Flacco c. 29, 72 *Catonis est dictum pedibus pecuniam compensari*; Cicero wendet den Ausdruck sehr oft in diesem figürlichen Sinn an ¹⁾; er spricht vom Aufwiegen der Freude und des Kammers im Leben, von Verletzungen mit Gefälligkeiten, der Anstrengung mit dem Ruhm, von Lob und Tadel, Gewinn und Schaden u. s. f. Und ganz in derselben Art verstehen die Juristen unter Compensation das Entkräften, die Aufhebung der Wirkung ²⁾ zweier Ansprüche die man miteinander in Verbindung bringt ³⁾. So etwas

1) Cic. Tusc. V, 33. 95. — De nat. deorum I, 9, 23. f. — De off II, 19. 68 in f. — De or. III, 4. 14. — De fin. II, 30 in f. — De senect c. 11. — In Pis. 30, 75. — In solchem nichtjuristischem Sinne fr. 1 §. 23. D. de aqua et aquas pluviae 39, 3. Der Unterlieger müsse den Nachtheil, den ihm Regenwasser bringt, mit dem Vortheil der Herabschwemmungen *compensare*.

2) Vergl. Einert progr. de compensatione. S. 4. Anm. 4. besonders aber Scheurl Beiträge S. 185.

3) Man spricht auch von einem Aufwiegen einer Forderung durch eine Leistung (eine Erbeinsetzung, ein Legat) des Schuldners. Die

hat auch *Mobest* im Auge gehabt, wenn er sagt *lib. VI regularum fr. 1 D. de compensationibus. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.*

Ganz dieselbe figürliche Bedeutung hat das Wort *pensare* in juristischer und nicht juristischer Anwendung ¹⁾ bei den Schriftstellern der Kaiserzeit.

Ein Aufheben zweier Forderungen ihrer Existenz nach zu bezeichnen, dazu waren freilich diese Ausdrücke zu schwach, denn auch beim Aufwiegen zweier Gegenstände auf der Wage bleiben beide völlig unverfehrt nebeneinander bestehen.

Zur Bezeichnung einer solchen Aufhebung hatte die römische Sprache ein Bild: von ganz anderer einschneidenderer Bedeutung, *computare*. Auch dieser Ausdruck ist in unserer Lehre von Wichtigkeit, seine Vergleichung mit *compensare* in jeder Beziehung interessant.

Varro lingua latina ²⁾ erklärt *computare* unzweifelhaft richtig folgendermaßen.

Disputatio et computatio cum praepositione a putando, quod valet purum facere. Ideo antiqui purum putum appellarunt; ideo putator, quod arbores puras facit. ideo ratio putari dicitur, in qua summa sit pura.

Klage ist dann regelmäßig durch *exc. doli* gehemmt z. B. *fr. 34 §. 5. D. de leg. I. fr. 85. D. de leg. II. fr. 22 §. 3. D. sol. matr. 24, 3. fr. 14 §. 3. D. ad legem. Falcidiam 35, 2. — C. 6 C. de hered. inst. 6, 24. — Hierher gehört auch das Verlangen der *compensatio* (statt *datio in solutum*) von der *c. 6. C. de rei vind. 3, 32.* handelt. Ferner *fr. 39 §. 14. D. de adm. tut 26, 7.* Westgotisch ist dagegen wohl der Ausdruck ein *legat* anstatt in natura in Geld zu vergüten „in pretio *compensare*.“ *Gaji epit. lib. II, V. §. 2 cfr. Gaj. inst. II. 202.**

1) *Liv. 37, 1. Seneca de benef. III., 9. — VI., 4.* über die Pandektenstellen vergl. *Dirksen Manuale Latinitatis S. 694 v. pensare.*

2) *Editio Muelleri VI, 63.*

Ratio computari ist demnach eine Rechnung völlig rein und klar machen, alles Ueberflüssige ausschneiden. Es bezeichnet eine Aufhebung gegenseitiger Forderungen ihrer Existenz nach, und wird deshalb besonders passend angewendet bei Aufhebung zweier Gegenforderungen durch Formalvertrag. — In diesem Sinne findet es sich sehr häufig schon bei den Comikern des sechsten Jahrhunderts ¹⁾.

Gerade weil aber computare auf ein völliges Wegräumen der Forderungen geedeutet hätte, konnte es nicht technischer Ausdruck für den Gedanken werden, der nach und nach zur Geltung kam, daß sich Gegenforderungen ihrer Wirkung nach aufhoben. Der richtige Sprachinstinkt griff zu dem milderem compensare.

Erst im Laufe der Zeit hat sich auch computare mehr aber noch das verwandte reputare, wie dies das gemeine Schicksal solcher Ausdrücke ist, nach und nach abgeschliffen; es sank allmählig zu einem bloßen Abrechnen herab. Schon Laevo ²⁾ hat „reputatio“ in solchem Sinne gekannt und seitdem wurde es dann immer häufiger in dieser Weise gebraucht.

Regelmäßig kompensiren sich die zur Ausgleichung gebrachten Forderungen nur bis zum gleichen Werth, c. 4 C. de comp. compensationem haberi oportet ad concurrentes quantitates, fr. 24. D. h. t. id quod invicem debetur com-

1) J. B. Plaut. Aulularia 3, 5, 52. — Miles glor. 2, 2, 49. — Casina 3, 2, 25. — Dann aber noch in den Pandekten fr. 7 §. 4. si mentor 11, 6. fr. 47 §. 1 D. de fideic. libertatibus 40, 5. fr. 23 ad legem Corneliam de falsis 48, 10. — Dispungere ist einfache Vergleichung fr. 56 D. de V. S. 50, 16. fr. 6 §. 7. D. de statulib. 40, 7.

2) Fr. 10 §. 9. D. mandati 17, 1., vergl. Brissonius de Verborum significatione v. computare, reputare u. s. f.

pensatur. Darauf weist uns schon das gebrauchte Bild. — Zuweilen werden aber nicht die gegenüberstehenden Forderungen selbst aufgewogen, sondern eine ihrer Voraussetzungen z. B. der Dolus der Gegner. Hier sind die beiden Forderungen völlig unwirksam, da ihnen nun gewissermaßen ein nothwendiger Bestandtheil fehlt, man achtet daher nicht mehr darauf, ob sie gleichen oder verschiedenen Werth haben. So kompensiren sich Forderungen aus dem Kaufvertrag zu dessen Eingehen sich die Partheien wechselseitig durch Betrug veranlaßten, obgleich die eine einen größeren die andere einen geringeren Schaden geltend machen kann. Das ist aber nur eine Eigenthümlichkeit singulärer Fälle; nur ganz besondere Umstände kompensirt das Recht in solcher Weise ¹⁾).

Wo dies nicht der Fall ist da wird zur wechselseitigen Ausgleichung vorher die Operation einer Berechnung, ein Abzug des kleineren Anspruchs nothwendig; daher ist auch von einem *deducere* ²⁾ häufig die Rede, wenn es sich von der Wechselwirkung zweier Forderungen handelt; Compensation ist dann dessen Folge. Das klassische Recht kennt sogar ein eignes Rechtsinstitut zur Vermittlung der Compensation, welches es de-

1) Fr. 57. §. 3. D. de contr. emt. 18, 1. fr. 39. D. sol. matr. 24, 3. fr. 3. §. 2 D. de eo per quem factum 2, 10. Fuhr, Jahrb. l. c. Bd. 27 S. 139, meint, daß *compensatio* hier nur in einer uneigentlichen vulgären Bedeutung vorkomme ohne daß dabei an den juristischen Begriff von *compensatio* zu denken sei. Es soll aber gerade eine juristische Thatsache, die juristische Unwirksamkeit zweier an sich begründeten Forderungen mit dem Ausdruck bezeichnet werden.

2) Besonders häufig bei Abzug wegen Verwendungen fr. 31 §. 1 u. 2. fr. 36 §. 5. D. de her. pet. 5, 3. fr. 4. D. de operis serv. 7, 7. fr. 45. D. de relig. 11, 7. — fr. 7. D. soluto matr. 24, 3. fr. 51. D. fam. erc. 10, 2. fr. 7 §. 5. D. de don. 1 v. et u. 24, 1. — fr. 41. D. leg. II. u. f. f. Aber auch sonst fr. 66 §. 1. D. de don. 1 v. et u. 24, 1.

ductio nennt, weil die Klagform zunächst den Richter „zum Abzug“ bevollmächtigte.

Auch bloß mit ihren Wirkungen hat man die Compensation bezeichnet. Einmal hat sie die Folge, daß der Schuldner durch ihre Vermittlung einen der Forderung entsprechenden Theil seiner schuldigen Leistung zurückhalten kann, darum findet sich der Ausdruck häufig, die Partheien könnten ex compensatione retinere (fr. 4. D. de comp). — jure compensationis retinere (fr. 20. D. eod.); sie könnten retiniren und compensiren (fr. 29 §. 1. D. de cond. ind. 12, 6) oder auch schlechtweg sie seien zum Retiniren befugt, (fr. 13. D. de neg. gest. 3, 5). — Auf der andern Seite wird aber auch die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung gemindert; dies wird dann durch die verschiedensten Ausdrücke angedeutet, concurrentis quantitatis usuras non esse praestandas; es wird von einem minus debere (fr. 4. D. de comp.) von einem actionem minuere gesprochen u. s. f.

Der Schuldner kann sich aber — und auch mit diesem Rechtsmittel werden wir uns gelegentlich zu beschäftigen haben — auf die Existenz einer Gegenforderung nicht nur stützen um die Aufhebung der beiderseitigen Forderungen herbeizuführen, er kann sogar unter Umständen die Erfüllung seiner Schuld völlig verweigern, vom Prätor Denegation, vom Richter Abweisung des Gegners verlangen, wenn sich derselbe nicht zur Tilgung der Gegenforderungen erbietet. Dies ist aber stets ein singuläres Recht geblieben, es beruht stets auf besonderen Voraussetzungen; und so haben die Römer denn auch ein völlig erschöpfendes, technisch abgegränztes Kunstwort zur Bezeichnung dieses Rechtsmittels nicht gebildet.

Meist begnügen sie sich mit der Beschreibung der äußeren Erscheinung und Geltendmachung. Sie sagen bald der Be-

Klage könne zur Leistung nicht gezwungen werden, bis er die Gegenforderungen erfüllt habe; bald reden sie davon die Klage solle vom Prätor nicht ertheilt werden, stehe noch nicht zu, sei zu inhibiren¹⁾; meist aber sprechen sie davon, daß sie in Folge der exceptio doli abgewiesen werde²⁾. Diese Wendung kommt außerordentlich häufig vor. Dadurch hat sich Puchta³⁾ verleiten lassen unser Rechtsmittel nur als einen Fall der Anwendung der exceptio doli darzustellen; so daß er die äußere Geltendmachung als das einzig Charakteristische auffaßt. So schroff man aber auch diese Seite hervorgehoben findet, so muß dem Begriff nach der Geltendmachung eines Rechtsmittels immer ein materielles Recht vorhergehen. Und selbst wo die Römer dies nicht so deutlich erkannten, ist es heute unsere Aufgabe dasselbe seinem Inhalt nach zu bestimmen und dann Begriff und Voraussetzung desselben festzustellen.

Die Römer haben aber allerdings versucht auch den Ausdruck für das materielle Recht, das hier zu Grund liegt, zu finden, deshalb sagen sie häufig: der Beklagte könne eine Leistung, einen Gegenstand, der dem Gegner gebührt, retiniren, es stehe ihm retentio zu, was freilich allein noch nichts diesem Recht Besonderes ist, oder wenn es ihnen genau darauf ankam, das Recht seinem Inhalt nach zu charakterisiren, eine Sache dürfe zur

1) Fr. 13. pr. D. de usufructu 7, 1. actio non danda est. fr. 13 §. 9. D. de a emti 19, 1. nondum est ex emto actio fr. 44. D. de damno infesto. 39, 2. pignoris persecutio inhibenda est u. s. f. — Auf eine Verweigerung eines Interdicts spielt an fr. 9 §. 3. D. de damno infesto 39, 2. — fr. 8. D. 47, 10.

2) Vergl. Schenk Retentionsrecht S. 31 Anm. 6.

3) Puchta §. 92. Vorlesungen eod. S. 199. Vergl. auch Arndts Pand. S. 129.

Sicherung der Gegenforderung pignoris loco behalten werden ¹⁾).

Von diesem Ausdruck haben denn die Neuern Veranlassung genommen, das römisch-deutsche Kunstwort „Retentionsrecht“ zu bilden; eine Bezeichnung die an und für sich nicht unpassend ist und auch der quellenmäßigen Begründung nicht entbehrt.

Nur hat man sich bis jetzt noch nicht zu vereinigen vermocht, welchen Begriff man demselben unterlegen sollte ²⁾. Manche, wie Schwegge ³⁾, bestimmen das Retentionsrecht als die Befugniß einem Andern den Gegenstand seines Rechts vorzuenthalten zu dürfen, sei das nun eine bestimmte Sache, die man in Händen hat, sei es eine Schuld die man entrichten müßte. Andere dagegen wie Schenck ⁴⁾ nehmen in die Definition auf, daß der Gegenstand der Retention eine rechtmäßig in Besitz gekommene Sache sein müsse. Luben ⁵⁾ endlich hat den Kreis noch bei weitem enger zu ziehen versucht; es soll das Recht des Besitzers sein, dem vindicirenden Eigentümer die Herausgabe seiner Sache bis zur Erfüllung einer Verbindlichkeit zu verweigern.

Diese Beschränkungen haben aber keine innere Berechtigung. Rückhaltung einer Leistung zur Sicherheit einer Gegenleistung

1) Fr. 13. §. 8. D. de a. emti 19, 1. fr. 32. D. de hered. vel act. vendita 18, 4. fr. 31 §. 8. D. de aedil. edicto 21, 1. fr. 15 §. 2. D. de furtis 47, 2. —

2) Wie höchst verschieden man von jeher das Retentionsrecht definierte darüber siehe Schenck S. 37 Anm. 1. wo die Begriffsbestimmungen der Aelteren aneinandergereiht sind.

3) Röm. Privatrecht ed 4 §. 183 D. Vb. 1 S. 405.

4) Retentionsrecht S. 36. — Vergl. Mühlensbrunck Lehrbuch §. 135. Göschen Vb. 1 S. 372. — Glück Commentar Vb. 16 S. 115.

5) Luben Retentionsrecht S. 6.

kommt nicht nur dann zur Anwendung wenn ihr Gegenstand die Herausgabe einer Sache ist, sondern auch wenn dieselbe in einer Handlung anderer Natur besteht. Ueber die Fälle der einen wie der anderen Art regiert im Ganzen und Großen eine Theorie; die Rückhaltung des Kaufpreises bis zur Tradition der Kaufsache wird ganz nach denselben Grundsätzen beurtheilt, wie umgekehrt die Rückhaltung der gekauften Sache bis zur Oblation des Kaufpreises. Und dies ist nicht das einzige Beispiel.

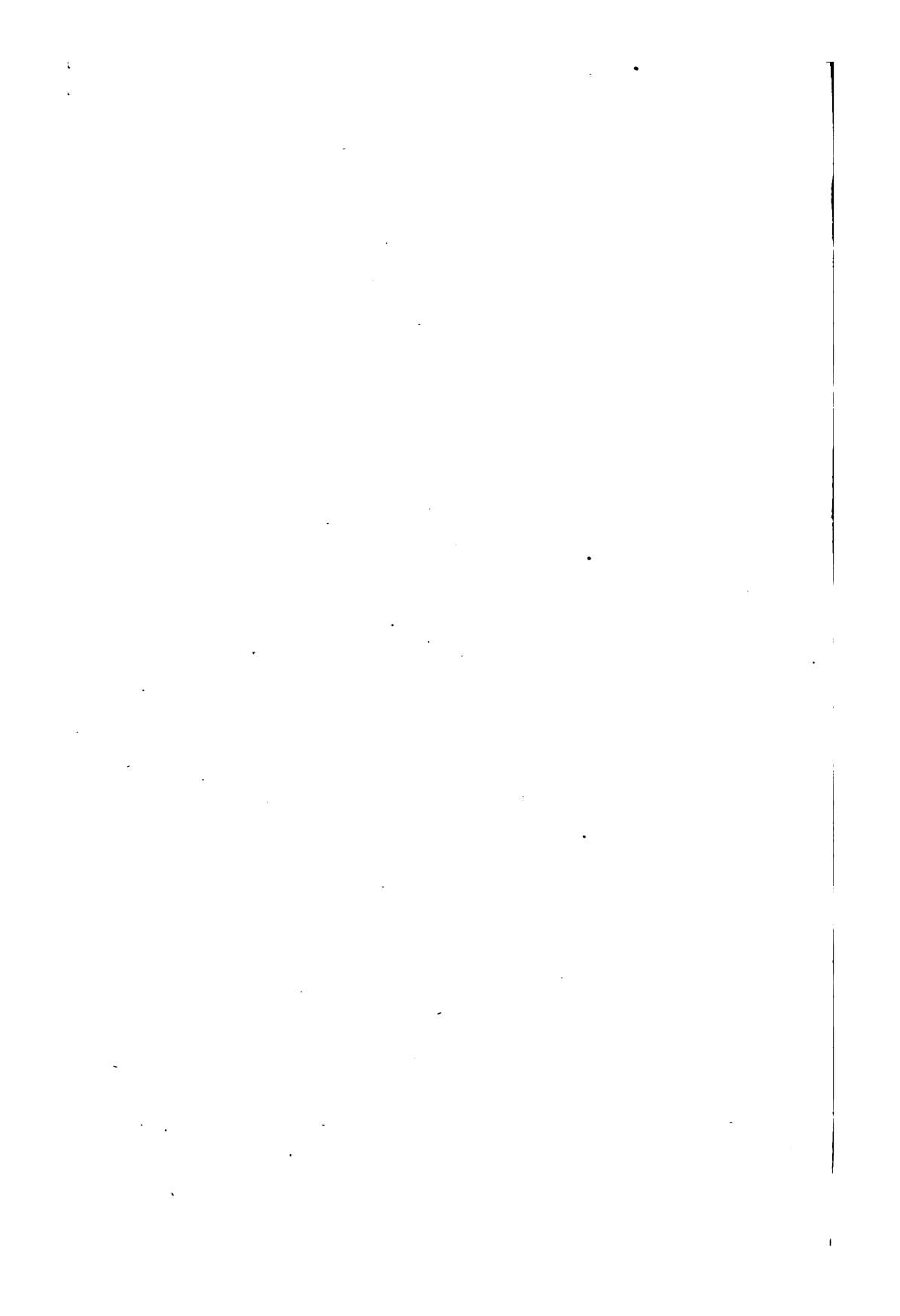
Will man aber ein eigenes Kunstwort für unser Rechtsmittel bilden, so muß es das Gemeinsame denn auch ganz umfassen; es darf keine künstliche Scheidewand auführen, wodurch die klare Anschauung des Verhältnisses getrübt würde und nicht Rechtsregeln, die bei der Rückhaltung von Leistungen aller Art vorkommen, als eigenthümlich bei Rückhaltung einer Sachleistung darstellen.

Wir werden daher mit dem Ausdruck Retentionsrecht, wo wir davon zu sprechen haben, das Rückhaltungsrecht des Beklagten an Leistungen der verschiedensten Art zum Schutz einer Gegenforderung bezeichnen ¹⁾.

1) Dieselbe Auffassung hat auch Puchta Vorl. Bb. 1 S. 199. „der Beklagte hat eine exceptio doli wegen Gegenforderungen, wenn diese entweder mit einer Forderung oder mit einer Sache connex sind.“

Erstes Buch.

Aeusere Entwicklung der Compensation.



Erstes Kapitel.

Älterer Zustand. Anfänge der Compensation.

§. 3.

Das alte Recht.

Christianesen hat in seinen Institutionen des römischen Rechts¹⁾ darzustellen versucht, wie dem Prätor, dem Kläger zu Anfang des 5. Jahrhunderts, im eigentlichen Sinne der Verstand still gestanden hätte, wenn etwa der ex mutuo beklagte Debitor deswegen nicht zahlen wollte, weil er „dasselbe“ ex vendito zu fordern hatte. Man hätte ihn eben nicht verstanden. Dasselbe? hätte der Prätor ausgerufen, mutuum und venditum dasselbe? forderst dasselbe, was er fordert? was er fordert ist ja, was du schuldig bist? meinst also, daß fordern und schuldig sein, dasselbe sei; kanns mir nicht vorstellen.

Diese anschauliche Schilderung ist aber schwerlich in ihren einzelnen Zügen genau gezeichnet. Als Gegenstand der Obli-

1) Institutionen des römischen Rechts 1843 S. 475. folgende, vergl. dazu Brinz, Compensation S. 132.

gation galt niemals abstrakt ein Mutuum, ein Venditum, sondern die Leistung der schuldigen Summe aus solchem Vertrag und daß diese ihr Aequivalent in einer gleich großen Gegenleistung finden könne, dieser Gedanke war dem praktischen Sinne der Römer gewiß bald verständlich. — Juristische Realisirung fand derselbe dagegen ursprünglich nur in sehr beschränkter Weise. Dem strengen Recht konnte weder die Coexistenz einer Gegenforderung des Schuldners als Aufhebungsgrund der Obligation des Gläubigers gelten, noch vermochte es die einseitige Verurteilung des einen Theils auf den zuständigen Gegenanspruch, etwa die Erklärung den Gläubiger mit demselben decken zu wollen, als eine Tilgungsart derselben zu betrachten. Und deshalb war der Richter, welcher zum Spruch über die Klage ernannt war, nicht im Stande eine Gegenforderung in den Bereich seiner Cognition zu ziehen und so die beiderseitigen Ansprüche miteinander auszugleichen. Alles dies hätte der Anschauung des alten Rechts ferngelegen.

Daselbe bewegt sich ausschließlich in strengen unveränderlichen Formen, durch die nur eine beschränkte Anzahl von rechtlichen Gestaltungen hervorgerufen werden kann; die Berechtigung welche einmal auf formelle Weise begründet ist, wird dann wieder nur durch bestimmte Ereignisse aufgehoben, die den Entstehungsgründen ganz analog sind oder wenigstens in der Natur des begründeten Rechts selbst liegen. So lange es besteht, ist das Recht der Gewalt des Berechtigten unbeschränkt anheim gegeben, der Verpflichtete hat seiner Pflicht unbedingt nachzukommen; den Mißbrauch, die unbillige Benutzung weiß das Recht nicht zu hemmen, nur die Sitte setzt ihr Schranken.

Daher konnte der, welcher einen obligatorischen Anspruch

hatte, ein dare oder auch ein dare facere fordern konnte, buchstäbliche Erfüllung der in solenner Form gegebenen Zusage, des gesetzlich begründeten Rechts verlangen. Wenn nicht eine der äußeren Voraussetzungen der Obligation durch äußere widersprechende Ereignisse aufgehoben (in contrarium vertirt) war ¹⁾, indem entweder die formelle Begründung durch eine formelle Tilgung, liberatio nexu, mündliche oder schriftliche Acceptilation zernichtet wurde oder das Dasein einer der betheiligten Personen durch Confusio oder capitis deminutio wegfiel, oder der Gegenstand der Leistung durch Untergang der Rechtsphäre entrisfen wurde, dann war der einzige Weg zur Aufhebung des dare oportere ein dem Versprechen congruentes wirkliches dare. Hatte das nicht statt, so war der Schuldner nicht befreit, äußere Umstände konnten nicht einwirken, es mußte gleichgültig sein, ob ihm eine Gegenforderung zustand, gleichgültig ob er sich bereit erklärte mit ihr abzurechnen; es blieb immer wahr, daß er noch zum dare verpflichtet sei und nur darüber sprach der Richter; was er persönlich für billig hielt, konnte auf sein Urtheil keinen Einfluß üben. Uns mag das auffallend, ja verkehrt erscheinen aber es hat auch seine große Seite. Wer sein Wort gegeben hat, soll es unbedingt halten und nicht daran mäkeln: darauf daß sein Gegner seiner Verpflichtung noch nicht nachgekommen sei, kann er sich nicht berufen; gegen diesen stehen ihm die gesetzlichen Rechtsmittel offen; vorerst hat er seiner Pflicht genüge

1) Meist wird das aufgestellte Prinzip zu eng gefaßt, indem man sich mit dem Satz begnügt, daß die Aufhebungsform der Begründungsform entsprechen müsse, schon fr. 80. D. de solut. 46, 3. vergl. fr. 100. D. de div. rog. juris 50, 17. Gajus lib. 1. regularum. Omnia quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt.

zu thun. Der Gläubiger aber soll mit mathematischer Sicherheit auf Erfüllung der Obligation rechnen können.

Es war der freie Wille der Partheien, die sich gegenseitig verpflichtet waren, wenn sie ihr Recht nicht bis zur äußersten Consequenz verfolgten; ihrem praktischen Takt und gesunden Vernunft blieb es überlassen, das zu ergänzen, wofür das Recht eine bindende Norm nicht aufstellen wollte und noch nicht zu finden wußte.

Aber da Abrechnung im beiderseitigen Interesse lag, da es eine lächerliche Comödie gewesen wäre, die wechselseitig schuldigen Summen herüber und hinüber zu tragen, so war es schon im sechsten Jahrhundert ganz gewöhnlich geworden, daß die Partheien die Gegenforderungen, die sie ihrer Existenz und Größe nach anerkannten, mit einander verglichen und bis zum gleichen Betrag durch Vertrag gegeneinander aufhoben.

Nur konnte noch in jener Zeit eine „Compensation“¹⁾ ein Entkräften beider Obligationen „der Wirkung nach“ selbst durch Vertrag nicht erzielt werden; Wirkungslosigkeit eines Rechts, jener Mittelstand zwischen Vorhandensein und Nichtvorhandensein, war noch unbekannt. Die Partheien mußten die Forderungen gänzlich aufheben (computare) wenn sie nicht ganz unverändert bestehen sollten.

Es bedurfte also zweier Formalerklärungen über die Tilgung und dabei trat äußerlich die Vereinbarung über die Ausgleichung, die nur das Motiv der Formalakte bildete, nicht hervor.

Am einfachsten geschah die gegenseitige Aufhebung durch

1) Vergl. oben §. 2.

Umschreibung im Handbuch¹⁾ mündliche Acceptationen waren un-
bequem, weil sie gleich der *liberatio nexu* der Fassung der Formel
nach auf einen Theil einer Forderung nicht gehen konnten²⁾. Sie
mögen mehr stattgefunden haben, wo die Gegenforderungen
gleich waren, oder der Ueberschuß aus der einen sofort getilgt
worden war. Bei Plautus auch bei Terenz sind Anspie-
lungen auf solche Abrechnung sehr häufig. Eine der interessan-
testen finden wir in der *Mostellaria act. I. sc. 3, 140*³⁾.

Philolaches kauft mit seiner Dirne Philematium und
fordert sie auf mit ihm zu zechen; sie ist es zufrieden; „was
dir gefällt, gefällt auch mir, mein Süßer.“ Philolaches
findet das Wort zwanzig Minen werth. „Ich lasse 10 davon
nach“ scherzt, ihn beim Wort nehmend, die schlaue Dirne, „du
sollst einen billigen Kauf machen.“ Philolaches will aber
nicht zahlen, „auch wenn ich dir zwanzig gebe, hast du noch zehn
von mir, mache nur reine Rechnung, ich habe dreißig Minen für
dich bezahlt.“ *Etiā nunc decem minas apud te sunt. Vel
rationem puta, triginta minas pro capite tuo dedi.*

Philematium schmollt. Philolaches gibt gute Worte.
Philolaches schließt den Streit mit den Worten: *bene igitur
ratio accepti et expensi inter nos convenit*⁴⁾.

Der Schluß beweist namentlich, wie Forderungen und Ge-
genforderungen zur Zeit des Plautus durch Veränderungen

1) Aus späterer Zeit vergl. vorläufig fr. 47 §. 1. D. de pactis 2,
14, wo die äußere Form des Vorgangs sehr anschaulich geschildert ist.

2) Gaj. III. 173. vergl. Brinz S. 134.

3) Wir sind der Abtheilung von Ritschel *Plauti comoediae tom.
II. Most. S. 40* gefolgt.

4) Wunderbares Volk, das selbst in Liebeshändeln noch vom Civil-
recht und Rechnungen phantastirt!

im Hausbuch getilgt wurden. Ein anderes Beispiel vertragsmäßiger Abrechnung findet sich Plaut. Aulularia III., 5, 54.

Megaborus räsonnirt über die dotirten Frauen, ihr Eurus verzehrt den Mann, für pflichtmäßige Ausgaben bleibt kein Geld. Alle Arten von Buzhändlern haben sich eingestellt und sind befriedigt, endlich kommt ein Soldat um die Abgabe, das Tributum zu erheben; der Mann geht mit ihm zum Wechsler um dort zu zahlen. Dieser rechnet ab, statt eines Ueberschusses bleibt ein Deficit.

Itur, putatur ratio cum argentario, ubi disputata est ratio, etiam plus ultro debet argentario.

Der Begriff einer wechselseitigen Aufhebung gegenseitiger Obligationen fehlte also den Römern der frühern Zeit keineswegs. — Allein die Geneigtheit beider Partheien zu der Contrahierung des Formalvertrags war nothwendig um die Forderungen zu tilgen. Neuerer Zwang zu dessen Abschluß fand unter keinen Umständen statt; weigerte sich der Creditor auf den Vertrag einzugehen, entweder weil er die Gegenforderung nicht für gegründet hielt, oder auf seinem „Recht“ bestand, so gab es kein Mittel ihn zu demselben zu nöthigen. —

Nur in dem äußersten Stadium des Processes können wir nicht umhin eine gewisse Einwirkung der Gegenforderungen selbst ohne Partheiübereinkunft anzunehmen. Es ist nämlich undenkbar, obgleich auch nichts darüber bezeugt ist, daß zwei die sich wechselseitig judicirt waren, gegeneinander Personalexekution vornehmen, gegenseitig Hand aneinander legen durften ¹⁾. Hier reichte offenbar das alte Recht nicht aus, es mußte eben die

1) Cfr. Gaj. IV. §. 21.

Vermittlung des Magistrats eintreten. Vielleicht mußte derjenige, welcher die legis a. per manus iniectionem vornehmen wollte, den Betrag auf welchen er subicit war, vorher deponirt haben. Genauere Einsicht in Bezug auf diesen Punkt wird uns schwerlich je werden; daß in solchem Fall die andern Exekutionsmittel angewendet wurden, falls solche überhaupt in alter Zeit neben der Personalexekution bestanden, möchte schon eher zu begreifen sein.

Unendlich viele Verhältnisse, die man früher bloß faktisch gewähren ließ, hat die spätere Zeit nach und nach rechtlich geordnet. So hat sich der Satz, daß der Beklagte seine Gegenforderungen den Forderungen des Klägers zur Ausgleichung entgegenstellen dürfe und Compensation erlangen könne, mehr und mehr rechtliche Anerkennung verschafft. Zunächst in Fällen wo ein besonders dringendes Bedürfniß vorhanden war, später in immer weiteren Kreisen.

§. 4.

Compensation bei Klagen der Wechsler.

Gajus ¹⁾ berichtet uns von einer ganz besondern höchst merkwürdigen Art der Compensation bei Klagen der Wechsler, deren außer ihm weder juristische noch nichtjuristische Schriftsteller Erwähnung thun und deren Spuren in der Justinianischen Compilation völlig verwischt waren. Hier fand sich vielleicht zuerst rechtlicher Zwang zur Ausgleichung der Forderungen und zur Compensation.

1) Gaj. IV. 64—69.

Mit diesem Institut haben wir uns um so genauer zu beschäftigen, da man in demselben in neuerer Zeit den Keim zu der späteren Entwicklung der gesammten Compensationslehre erblickt. Auf die Veranlassung seiner Einführung, auf seinen Charakter, auf seine Voraussetzungen und Wirkungen haben wir im Folgenden unsere Aufmerksamkeit zu richten.

Quellenmäßige Mittheilungen über die Motive, welche die Einführung des Zwangs zur Compensation bei Klagen der Wechsler veranlaßten, sind freilich nicht zu erwarten; sie verliert sich in dunkle Gebiete; aber was wir sonst über das Verhältniß der Wechsler und des Wechslergeschäfts ¹⁾ wissen, gibt uns doch natürliche Fingerzeige.

Die Wechsler waren im Geschäftsleben des alten Roms von größter Bedeutung, bei ihnen concentrirte sich fast der gesammte Geldverkehr. Es war allgemein Sitte, daß man bei ihnen das baare Geld, das man nicht zur Bestreitung der täglichen Ausgaben nothwendig hatte und nicht augenblicklich verwenden konnte, niederlegte und deponirte ²⁾, zu ihnen flossen die Einnahmen der Römer. Man ließ sich dann das Eingelegte nach Bedürfniß in größeren oder geringeren Raten zurückgeben, man leistete durch sie etwaigen Gläubigern, wohl auch durch bloßes Umschreiben in ihren Büchern Zahlung, man speculirte durch sie ³⁾ und betrieb Geschäfte durch sie, deren Abschluß in eigner Person für unanständig gegolten hätte.

1) Cfr. Kraut de argentariis et nummulariis commentatio Göttingae 1826.

2) Plaut. Capt. II. 3, 89. — Curculio II. 3, 60—69. IV. 3, 3, minas quas ego apud te deposivi. V. 2, 20. — Donatus ad Terent. Adolph. II. 4, 13. — fr. 8 D. depositi 16, 3 fr. 50. D. de administratione tutorum 26, 7 u. f. f.

3) Fr. 7 §. 2 D. depositi 16, 3.

Ueberhaupt waren sie durch größere Geschäftskenntnis, Schlaubeit und Mangel an Scrupulosität den Römern unentbehrlich, aber dieselben Eigenschaften machten sie auf der andern Seite verdächtig und verhaßt ¹⁾. Man fürchtete ihre Ueberlegenheit, die sie einem einfachen Landvolk gegenüber wohl auch oft genug mißbrauchten; es war sprüchwortlich, daß man einem Wechsler nicht gut trauen oder borgen könne. Plautus spielt darauf öfter an, z. B. *Curculio act. 5 sc. 3. argentariis male credi, qui ajant* ²⁾. . . .

So kam es, daß man Ausnahmsgesetze gegen sie erließ, sie unter ein besonderes Recht stellte, theils durch eigene *leges* theils durch Magistratische Anordnungen ³⁾, was denn doch ihre natürliche Ueberlegenheit nicht brechen konnte. Volksschlüsse die gegen sie gerichtet waren, werden von Plautus ⁴⁾ erwähnt, *rogitationes plurimas propter vos populus scivit*. Bekannt ist das prätorische Edikt wonach die Wechsler ihre Bücher den Geschäftsfreunden soweit mittheilen mußten, als sie Bezug auf deren Geschäftsverhältnisse hatten ⁵⁾. Es ist daher nichts Auffallendes, daß sie auch in Bezug auf das Einlagen ihrer Forderungen unter ein Sonderrecht gestellt wurden und daß man sie zwang, Gegenforderungen des Geschäftsfreundes abzuziehen.

Ihre innerliche Rechtfertigung hat diese Beschränkung darin, daß das Geschäftsverhältnis zwischen Wechsler und Geschäftsfreund doch materiell eine Einheit (*una negotiatio*) bildete,

1) Cfr. noch Sueton. Octavius c. 2 et c. 4. — Cassius quidem *Parmensis non tantum ut pistoris sed etiam ut nummularii nepotem sic taxat Augustum u. f. f.*

2) Cfr. *act. 4 sc. 1, 20. act. 4 sc. 3, 19.*

3) Vergl. noch Ulpianus fr. 1 §. 9. D. de off. praef. urbi 1, 12.

4) *Curculio act. IV. sc. 2 v. 23.*

5) Cfr. Tit. de edendo 2, 13. Kraut loc. cit. S. 68.

wenn auch formell die verschiedenen gegenseitigen Obligationen, die daraus entsprungen waren, eine völlig getrennte und selbstständige Existenz hatten ¹⁾).

Manches Aensere trug dazu bei, den Gedanken des Zwangs zur Compensation bei Klagen der Wechsler recht nahe zu legen. Der Wechsler hatte regelmäßig die Gelder in Verwahrung, die vom Geschäftsfreunde gerade zur Zahlung etwaiger Schulden bestimmt waren; ging er nicht darauf ein in denselben seine Deckung zu finden, hielt er sie auf der einen Seite zurück, klagte er auf der andern Seite seine Forderungen ein, so war dies Chikane und konnte zum ökonomischen Ruin des Gegners führen. — Es war gewöhnlich, daß der Wechsler mit seinen Kunden abrechnete und daß man das Facit durch Litteralcontract novirte ²⁾. Dies lag in der Sitte, der Geschäftsfreund zählte mit Fug darauf, indem er mit dem Banquier in Verbindung trat. Daran konnte sich leicht die Volksansicht schließen, daß man auch vom Rechtsstandpunkt aus Ausgleichung verlangen könne. Und jedenfalls fand man es dem Sinn des Geschäfts widersprechend, wenn sich der Wechsler unterfing dem Römer, der sich mit ihm der Erleichterung des Verkehrs und größerer Bequemlichkeit wegen eingelassen hatte, Schwierigkeiten in den Weg zu legen. Deshalb nahm der Prätor die Sache in die Hand und zwang ihn zur Abrechnung ³⁾. — Pomponius (liber 25. ad Sabinum) brüct sich gerade darüber nicht ohne einen Anflug von römisch-aristokratischem Hochmuth so aus:

1) Cfr. Haffe Compensation Arch. Vb. 7. S. 177. Scheurl Beiträge S. 155 und folgende.

2) Cfr. cit. Plaut. Aulul. III. 5, 52.

3) Kraut. loc. cit. S. 125 sucht die Veranlassung dieser Compensation, wegen ihrer singulären Natur in einer certa lex.

fr. 3. D. de compens. Ideo compensatio necessaria est, quia nostra interest potius non solvere, quam solutum repetere.

„Deshalb haben wir den Wechsler zur Compensation gezwungen (necessaria est) ¹⁾, weil wir (die vornehmen Römer, die mit ihm in Verbindung treten) es mehr in unserm Interesse finden nicht zu zahlen als die gezahlten Summen wieder zurückzufordern.“

Das natürlichste könnte nun scheinen, daß der Magistrat den Wechsler in Folge seiner obrigkeitlichen Gewalt und seines Aufsichtsrechts gezwungen hätte, den Ueberschuß der Forderungen und Gegenforderungen der Sitte gemäß durch Formalakt zu tilgen, ehe er klagte. Dies mag auch in früherer Zeit vorgekommen sein; im Ganzen aber und als Regel wäre es unthunlich gewesen. Beklagter und Wechsler waren über die Größe und Existenz der gegenseitigen Forderungen meist uneinig, wenn es zum Proceß kam; jedenfalls hatte in einer solchen Differenz regelmäßig die Weigerung des Wechslers auf die Abrechnung einzugehen ihren offenkundigen Grund. Eine Novation konnte aber erst vorgenommen und erzwungen werden, wenn die Größe des

1) Vom Standpunkte des justinianischen Rechts ist der Satz offenbar incongruent, „weil wir ein Interesse bei der Compensation haben,“ ist die Compensation vielleicht vortheilhaft aber noch nicht nothwendig. Man muß die Sache so zu interpretiren suchen; das Rechtsinstitut der Compensation (jus compensationis) ist deswegen nothwendig, weil ihre Anwendung im Interesse der Partheien liegt; das sagen aber die Worte zunächst nicht. Vom Standpunkte des Pomponius aus, ist das Mittelglied so zu ergänzen; „denn was uns vortheilhaft ist, das haben unsere Commissionäre, die Wechsler zu thun“. — Humaner drückt denselben Gedanken Gajus aus fr. 10. D. de edendo 2, 13 edere rationes cogit, quia officium eorum et „ministerium“ publicam habeat causam.

Ueberschusses unter den Partheiten feststand oder wenigstens dem Prätor bekannt war. Es hätte daher vorher, wenn sie doch durchgeführt werden sollte, einer weitläufigen Untersuchung über das ganze Rechtsverhältniß bedurft. Statt eine Administrativmaßregel durchzuführen, hätte der Magistrat ein Conglomerat von Prozessen entscheiden müssen, er hätte auf seine Schultern genommen, was Aufgabe des Richters war.

Da nun Tilgung der Gegenforderungen ohne Formalakt nicht möglich war, da Zwang zu demselben nicht ausführbar schien, so mußte der Prätor suchen den Kunden des Wechslers auf andere Weise sicher zu stellen. — Das geschah, indem er die Klagbarkeit der dem Wechsler zuständigen Forderungen auf den Ueberschuß beschränkte. Das *dare oportere* des Beklagten vermochte er nicht aufzuheben, aber er faßte die Instruktion des Richters so, daß das *dare oportere* zur Verurtheilung an den Wechsler nicht genügte, sondern daß der Umstand eine weitere Voraussetzung bildete, daß die Gegenforderungen des Beklagten abgerechnet seien.

Der Volksmund kam hinterher und sah darin mit Recht ein Aufwiegen, eine Compensation der Forderungen.

Von der Gestaltung dieser Compensation handelt Gajus IV. 64. Er hat vorerst von den *b. f. judicii* gesprochen und die Zulassung der Compensation in denselben erwähnt; daran knüpft er denn eine Ausführung über die anderen Arten der Gegenrechnung und beginnt folgendermaßen mit der Compensation des Wechslers.

Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur, nam is cogitur cum compensatione agere, cum ¹⁾

1) Dies Wort wird auf sehr verschiedene Weise ergänzt; wenig passend

compensatio verbis formulae comprehendatur. — Itaque argentarius ab initio compensatione facta minus intendit sibi dare oportere. Ecce enim si sestertium X millia debeat Titio atque ei XX debeat Titius ita intendit, si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.

Einiges ist in der Stelle zweifelhaft, vor allem der Schluß, die Herausgeber haben ipse debet angegeben. — Scheurl¹⁾ hat in seinen Beiträgen die Lesart quam ipsum Titio dare oportere vorgeschlagen; er glaubt es habe $\bar{d}\bar{o}\bar{r}\bar{e}$ gestanden und sei dann irrig für debere angesehen worden, ipse aber sei unsicher und könne auch ipsum gelesen werden. Dem Sinne nach ist dies ohne Zweifel richtiger, denn es mußte gewiß nicht Alles was Kläger dem Beklagten schuldet vom dare oportere abgezogen werden, sondern nur die Gegenforderungen auf dare. — Indessen genügt es vielleicht auch, wenn man annimmt, daß die Gemination des d. statt dare vor debet ausgefallen sei, oder man kann wenigstens einfach quam ipse Titio dare oportet lesen.

Nach dieser Mittheilung war also für den Wechsler eine eigene ständige Klagformel aufgestellt, eine actio qua argentarius experitur²⁾; hier war ein für allemal ein Zusatz gemacht, wonach er die Gegenforderungen abziehen mußte; die

ist die Lesart id est ut von Sachmann (corpus juris antejustiniani) Heffter liest ita ut. — Am passendsten ist cum, 1. ed. 1824, durch welches der Grund des Zwangs angereicht wird.

1) Scheurl Beitr. S. 272.

2) Deshalb auch der Gegensatz in §. 66. compensatio argentario interponitur, honorum emtori obicitur. — Scheurl Beiträge S. 156 meint: der Argentarius habe, wenn er die Gegenforderungen unbedingt zugesehen wollte, seine Intention in gewöhnlicher Weise einfach

ordentliche Klage wurde Jedem, der als öffentlicher Wechsel bekannt war, denegirt. Es bedurfte nicht erst — wie man zuweilen behauptet hat — eines besondern Antrags des Beklagten auf Compensation; nicht eines prätorischen Dekrets, durch welches die Formel nach dem Bedürfnis des konkreten Falls modificirt wurde. Jede Verhandlung in jure über die Existenz und Größe der Gegenansprüche hatte der Prätor von vornherein abgeschnitten und dem Richter überlassen. — Der Wechsel war auch dann auf die Wechselklage verwiesen, wenn er nur Aktiva in Anspruch nahm und behauptete, es existirten keine Passiva die abgezogen werden könnten. Es blieb ihm überlassen die volle Summe der Aktiva, als amplius anzusetzen, der Richter hatte dann zu entscheiden, ob wirklich keine Passiva existirten, ob wirklich die Aktiva das Facit des Geschäfts ausmachten.

So viel von der äußern Stellung der Wechselklage; wichtiger noch sind die Andeutungen, welche die Stelle von Gajus über ihre innere Konstruktion gibt.

Analysiren wir die Formel, die uns mitgetheilt wird, so finden wir, daß sie ein Doppeltes zum Sieg fordert. — Einmal das Vorhandensein eines Ueberschusses, des amplius. Nur auf soviel als dieser beträgt, darf der Wechsel noch klagen; wir werden später näher nachweisen, daß der Ueberschuß als der eigentliche Gegenstand, der in judicium deducirt ist, gilt.

Der Wechsel konnte sich gleichwohl nicht darauf beschränken,

auf den Mehrbetrag seiner Forderungen richten können. — Auch in solchem Fall wäre dies ungewöhnlich gewesen, eine Compensation wäre ja dadurch nicht herbeigeführt worden; ein Stück wäre aus dem Verhältnis herausgerissen worden, das andere wäre in der Schwebe geblieben.

daß er in die intentio die Behauptung aufnahm, er habe vom Beklagten einen Ueberschuß zu fordern; es war ihm nicht gestattet, die Bestimmung seines Betrags dem Richter zu überlassen; er hatte vielmehr regelmäßig selbst die Größe des Ueberschusses in der intentio genau anzugeben. Er konnte nicht intendiren si paret Titium A° A° amplius dare oportere quam A° A°. Titio dare debet, quanti id erit condemna; eine solche Formel wurde ihm höchstens unter besonderen Umständen ¹⁾ nachgesehen; er hatte die Summe zuzufügen si paret X milia amplius d. o et rel.

Dann war nicht bloß der Umstand Voraussetzung seiner Klage, daß ihm ein amplius zustand, sondern auch, daß es gerade soviel oder wenigstens nicht weniger betrug, als angegeben war. War dessen Ansaß zu hoch gegriffen, hatte der Wechsler dabei die eigene Forderung nur um einen nummus zu hoch, die Gegenforderung nur um einen nummus zu niedrig angeschlagen, so war die Frage auf welche die Verurtheilung einzig gestellt war (ob dem Wechsler ein Ueberschuß von „10000“ zustehe) zu verneinen, der Richter hatte zu absolviren, der Prozeß war plus petendo verloren.

Eine neue Klage war aber auf der anderen Seite nicht mehr möglich; das amplius dare oportere war einmal in iudicium deducirt und für immer konsumirt. Dies bezeugt Gajus ausdrücklich IV. 68

Compensationis quidem ratio in intentione ponitur, quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat, causa cadat et ob id rem perdat.

1) Cfr. Gaj. IV. 54.

Dieser Zwang hatte offenbar gewisse Vortheile. Dem Prozeß wurde der Charakter eines *stricti juris iudicium* erhalten, er ruhte von vornherein auf ganz bestimmter Basis, die Aufgabe des Richters war immer noch auf das Aussprechen eines Ja oder Nein beschränkt. Was dem *stricti juris iudicium* noch sonst eigen ist, wie die *sponsio tertiae partis* bei *pecunia certa credita* erhielt sich auch bei der Wechslerklage.

Aber die Zumuthung an den Wechsler den Ueberschuß genau zu taxiren, die Bestimmung, daß davon der Sieg unbedingt abhängig gemacht ist, scheint auf den ersten Blick doch höchst befremdend. — Das brachte freilich schon die Regel des gemeinen Rechts mit sich, daß der Wechsler seine Forderungen auf ein *dare* genau anzugeben hatte, und daß er den Prozeß verlor, wenn er dieselben auch nur um einen Pfennig zu hoch ansetzte¹⁾; daß er dagegen auch gezwungen wurde die Forderungen seines Gegners festzustellen, daß von deren richtigem Ansatze und genauen Abrechnung das Schicksal des Processes abhängig gemacht war, ist eine ganz anomale Erscheinung. — Gleichwohl hat sich Gajus über ihren inneren Grund nicht geäußert und auch die Neuern übergehen diesen Punkt mit Stillschweigen; sie begnügen sich mit dem richtigen Satze, daß dies die Konstruktion der Formel mit sich gebracht habe; wir haben aber gerade zu erklären, warum man die Formel so konstruirt hat. Nur Schrader²⁾ hat einmal gelegentlich die fragende Bemerkung hingeworfen, ob diese Bestimmung ihren Grund etwa

1) Cfr. Gaj. IV. §. 53.

2) Schrader Heibergischer Jahrbücher 1823 Jahrg. 16. S. 965. Rec. zu Gaji editio princeps. Vergl. noch Tellkamp Archiv Bd. 23 S. 308.

darin gehabt habe, daß der argentarius auch über die Gegenforderungen Buch zu halten hatte.

In der That erklärt sich jene Zumuthung allein aus der eigenen Art der Buchführung der Wechsler; sie erscheint nur durch sie als eine vernünftige prozesspolitische Maßregel.

Die Wechsler hatten über die Einnahme und Ausgabe, die sie beständig für den Geschäftsfreund und in dessen Auftrag hin und her machten, Tag für Tag ¹⁾ die genaueste Rechnung zu halten; *principalis eorum opera est*, sagt Gajus ²⁾, *ut actus sui rationem diligentem conficiant*. Der Geschäftsfreund begnügte sich mit der Aufsicht und einer Revision, die er regelmäßig von Zeit zu Zeit vornahm ³⁾. Wenn er ja in sein eigenes Hausbuch etwas verzeichnete, so geschah dies doch nur in der Art, daß er die Resultate aus dem Wechslerbuche im Großen von Zeit zu Zeit eintrug.

Daher lagen in der Hand des Wechslers die Nachweise über Forderungen und Gegenforderungen. Hatte er richtig Buch geführt, und das war ja seine Pflicht, so konnte er sich über die Ansprüche wie über die Schulden des Geschäftsfreundes leicht orientiren; dieser aber konnte oft selbst die Größe seiner Forderungen aus den vielfach verwickelten Verhältnissen kaum

1) Fr. 1 §. 2 in fine. fr. 6 §. 6. D. de edendo 2. 13. fr. 4. D. eod. praetor ait argentariae mensae exercitores rationem, quas ad se pertinet, edant „*adjecto die et consule*“. Wenn der argentarius für den Geschäftsfreund ausgab, so schrieb er ihm das Geld ab *scribit nummos*, nahm er für ihn ein, so schrieb er ihm zu *rescribit* cfr. die bei Kraut S. 65 cit. Stell.

2) Fr. 10 §. 1. D. de edendo.

3) Cfr. fr. 82. D. cond. et dem. 35. 1. Fr. 12. D. de liberatione legata 34, 3. — Dann auch fr. 13 §. 1. D. de divers. praescr. u. s. f.

kennen. Sehr bestimmt drückt sich darüber Paulus ¹⁾ aus, indem er das Geschäftsverhältniß folgendermaßen charakterisirt: *nummularii et argentarii accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur.*

Gerade diese günstige Stellung, welche dem Wechsler sein Geschäft und das Vertrauen der Contrahenten verschafft hatte, sollte er nicht mißbrauchen dürfen, deswegen wurde er verpflichtet auch die Gegenforderungen, wenn er Klage erhob, aufs genaueste mitanzuschlagen, während es sonst nach Recht und Vernunft Sache dessen ist, dem die Gegenforderung zusteht und der sich auf sie beruft, ihre Existenz und Größe festzustellen. Ganz aus demselben Grund war auch der Wechsler stets verpflichtet, dem Geschäftsfreunde die rationes, quae ad eum pertinent zu ediren ²⁾, während es regelmäßig natürlicher Grundsatz des Processes ist, daß der Kläger sich seine Beweismittel selbst zu verschaffen hat, der Beklagte aber einen Angriff nicht unterstützen muß, der gegen ihn gerichtet wird.

§. 5.

Fortsetzung. Voraussetzungen, Wirkungen der Wechsler-Compensation.

Die bisherige Ausführung hat vielleicht noch den einen oder andern Zweifel übrig gelassen. Nur die Forderungen aus

1) Fr. 9 §. 2. D. de edendo.

2) Fr. 10. D. eod. argentarius edere jubetur, nec interest cum ipso argentario controversia sit, an cum alio.

dem Wechselgeschäft selbst wurden eingebucht und doch haben wir noch nichts davon bemerkt, daß andere Gegenforderungen nicht abgezogen werden mußten; nur der Wechsel führt die genaue Rechnung und doch wird vielfach behauptet, auch der Gegner habe cum compensatione zu klagen.

Eine genauere Betrachtung der Voraussetzungen unserer Compensation wird hoffentlich diese Anstände beseitigen. Wir werden dabei finden, daß unser Institut, das auf ganz singulären Motiven beruht, auch nur in beschränktem Umkreise zur Anwendung kam.

Vor Allem müssen sich bei der Compensation der Wechsel obligationes certae gegenüberstehen. Gajus bemerkt dies nicht ausdrücklich, er setzt es aber überall voraus; er spricht nur davon, daß der Wechsel bei Klagen auf dare abziehen hat, auch die Formel, die er mittheilt, beschäftigt sich mit Forderungen auf ein dare; Obligationen, die ein dare zum Gegenstande haben, sind regelrecht obligationes certae. Ansprüche auf dare facere etwa aus einem noch durchzuführenden Mandat unterlagen demnach dem Compensationszwang nicht, sie waren auch nicht einzubuchen ¹⁾. — Weiter ist trotz des Stillschweigens von Gajus mit größter Sicherheit anzunehmen, daß die Compensation auf Forderungen und Gegenforderungen aus dem Geschäftsverhältniß beschränkt war. Es würde jedem ersinnlichen Zweck unserer Einrichtung und der Billigkeit gleich sehr widersprochen haben, wenn sich der Beklagte in judicio auf Ansprüche berufen konnte, die dem Geschäftsverhältniß ganz fremd standen und dem Wechsel mitunter unbekannt geblieben waren. Es ist nicht denkbar, daß

1) Fr. 6 §. 3. D. de edendo 2, 13, fr. 47. §. 1. D. de pactis 2, 14.

er etwa eine Erbschaftsforderung mit ganz verschiedener causa aus früherer Zeit hervorziehen und so Abweisung des Klägers wegen pluris petitio bewirken konnte. Nur war doch regelmäßig so etwas nicht zu befahren. Der Römer und der Wechsel, die sich in ganz verschiedenen Sphären des Lebens bewegten, standen eben meistens in keiner anderen als in einer Geschäftsverbindung. Deshalb hielt man es nicht für nöthig in der ständigen Formel Gegenforderungen, die ihren Grund nicht im Geschäft hatten, von vornherein ausdrücklich auszuschließen. Wenn sich aber die Partheien näher standen und mit Fug zu befürchten war, daß auch Gegenforderungen solcher Art existirten so konnte der Wechsel ohne Zweifel ihr Vorbringen in *judicio* durch angemessenen Zusatz in der Formel verhindern und etwa so intendiren: *si paret Titium ex mensae rationibus amplius X milia dare oportere* ¹⁾

Auf der anderen Seite umfaßte aber diese Compensation doch nicht das gesammte Geschäftsverhältniß. Eine fernere Beschränkung lag darin, daß nur Forderungen, die Gegenstände von gleichem Genus zum Object hatten, voneinander abgezogen wurden. Geldforderungen wurden nur mit Geldforderungen, Getreide-, Weinlieferungen miteinander kompensirt.

Gaj. IV. 66. *In compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum*

1) Cfr. fr. 47 §. 1. D. de pactis 2, 14. — Könnten wir mit Bethmann-Hollweg S. 283 Anm. 35. annehmen, daß der *intentio* eine allgemeine *demonstratio* vorherging, wodurch sie auf das ganze Geschäftsverhältniß bezogen wurde, so wäre dieser Zusatz freilich unnöthig gewesen.

vino — adeo ut *quibusdam* placeat, non omnimodo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si ejusdem naturae qualitatisque sit.

Auffallend ist der Zusatz wodurch Gajus andeutet, daß die Ansichten der Rechtslehrer nicht darüber übereinstimmten, ob bei dieser Compensation die Natur und Qualität der Wein- und Getreideforderungen in Betracht komme. Man sollte denken, das sei selbstverständlich. — Die Geschäfte der Wechsler müssen sehr in's Große gegangen sein, wenn man diese Umstände für irrelevant halten konnte.

Vielleicht mag aber diese Controverse, wie so manches Andere in der Anlage unseres Rechtsinstituts darauf hinweisen, daß sich diese Compensation schon in einer früheren Zeit entwickelt hatte — in einer Zeit wo man noch weniger Werth auf den Unterschied zwischen Weizen und Weizen, Wein und Wein legte und der Luxus den Preis verschiedener Arten noch nicht verschieden bestimmt hatte. Erst später als sich die Differenz mehr und mehr fühlbar machte, haben die Juristen weiter distinguirt und der Prätor selbst hat dem Wechsler und dem Beklagten freigestellt, durch sachgemäße Zusätze in der Formel die Compensation auf Lieferungen derselben Art zu beschränken.

Better war es dann bei der ganzen Construction unserer Klage natürlich, daß nur bereits fällige Forderungen in Abzug kamen.

Gaj. §. 67. compensatur hoc solum, quod praesenti die debetur. Vielleicht hat Ulpian libro 28 ad edictum ¹⁾ (das von der actio institoria handelte) die Argentarienklage

1) Fr. 7. pr. D. de compens.

zunächst im Auge gehabt und nur die hier geltende Regel für die Compensation überhaupt verallgemeinert, wenn er sagt:

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies veniat, *quamquam dare oporteat*.

Wie man bei der *actio stricti juris* die Frage, ob etwas geschuldet wird (*dare oportet*) so auffaßt, als handle es sich darum, ob etwas gerade im Augenblick der *Litiscontestatio* geschuldet werde, so soll dies auch bei der Frage, ob kompensable Gegenforderungen auf *dare* vorhanden seien, der Fall sein.

Eigentlich hatte auch der Wechsler nach der Fassung der Klage nur das zu kompensiren, was er gerade dem Beklagten schuldet, (*Titio dare oportet*); Gegenforderungen von Dritten hatte er nicht zu berücksichtigen. Im Allgemeinen war dies ganz natürlich, im Einzelnen aber doch nicht ausreichend. So wenn der Wechsler einen Bürgen beklagte. Hier hatte er allerdings die Gegenforderungen des beklagten Bürgen Titius selbst nach der Fassung der Formel hereinzuziehen, falls er auch mit diesem im Geschäftsverhältniß stand; dagegen die Gegenforderungen des Hauptschuldners Lucius standen, wenn man sich auf die ständige Formel beschränkte, völlig außer Frage; denn sie lautete ja einfach *si paret Titium (der beklagte Bürge) argentario X milia dare oportere amplius, quam argentarius Titio debet*.

Und doch war es unbillig, wenn man den Bürgen Titius auf mehr haften ließ als den Hauptschuldner Lucius; der Bürge schien mit Fug zu verlangen, daß der Wechsler gezwungen werde auch dessen Gegenforderungen abzuziehen. Der Wechsler konnte aber nicht darauf eingehen; mußte es doch zweifelhaft scheinen ob er sich einer späteren Klage des

Hauptschuldners gegenüber auf die mit dem Bürgen vorgenommene Abrechnung berufen könne; erst allmählig stellte die Jurisprudenz dies fest. Seitdem galt es als Regel, daß der Magistrat in solchem Falle die gewöhnliche Formel zu ändern habe und einen Zusatz einfügen mußte, welcher den Wechsel zur Berücksichtigung der Gegenforderungen des nichtbeklagten Hauptschuldners Lucius zwang. Auf diese Controverse hat, wenn auch nur sehr entfernt, der Ausspruch von Paulus fr. 4. D. de compensationibus angespielt; vollständig können wir freilich diese Stelle erst später erklären.

Weiter ist man aber auf diesem Wege nicht fortgeschritten. Man hat den Wechsel nicht etwa auch in dem Falle zur Compensation gezwungen, wenn ein dritter dem Verhältniß fremder Gläubiger des Wechslers bereit war, seine Forderungen für einen beklagten Schuldner abrechnen zu lassen und der Beklagte einen beifälligen Zusatz in der Formel beantragte. Papinian hat dies in einem eigenen Responsum (libro 3 responsorum), das sich wenigstens aller Wahrscheinlichkeit nach zunächst auf unser Verhältniß bezog, verneinend entschieden.

Fr. 18 §. 1. D. de compensationibus. Creditor (argentarius?) compensare non *cogitur*, quod alii quam debitori suo debet: quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.

Endlich — dies ist die prinzipale Voraussetzung des ganzen Instituts — fand sich der Zwang zur Compensation regelmäßig nur bei Klagen, die der Wechsel selbst anstellte. — Nur mag man auch den Hausvater ¹⁾ der aus den Wechsel-

1) Arg. fr. 4 u. 2 u. §. 3. D. de edendo 2, 13.

geschäften des Sohnes oder des Sklaven klagte, zur Compensation genöthigt haben und zwar so, daß er die Gegenforderungen für voll und nicht bloß zum Betrag des *Peculiums* abzuziehen hatte; ebenso mögen auch die Erben des Wechslers, selbst wenn sie das Geschäft nicht fortsetzten, zur Compensation in Bezug auf die Wechslerforderungen gezwungen worden sein. Dagegen ist es gewiß nicht richtig, wenn man ¹⁾ nicht selten die Vermuthung aufstellt, auch dem Geschäftsfreunde des Wechslers sei bei seinen Forderungen aus dem Geschäft die Formel aufgedrungen worden, mit der der Wechsler klagen mußte. Gegen diese Annahme sprechen gleich stark innere und äußere Gründe. Die Darstellung von *Gajus* — unsere einzige Quelle — betont aufs nachdrücklichste, daß die *actio cum compensatione* ein Sonderrecht der *argentarii* bilde; sie geht durchaus davon aus, daß gerade nur der Wechsler auf sie verwiesen war, §. 64. *actio, qua argentarius experitur — „is“ cogitur — argentarius minus intendit* §. 66. *compensatio argentario interponitur* endlich §. 68. *si plus nummo uno intendat argentarius*. Wäre der Gegner in gleicher Weise zur Compensation verpflichtet gewesen, so hätte es doch mindestens der Notiz bedurft, daß sie auch bei den Klagen die gegen den Wechsler angestellt wurden, Anwendung finden müsse. Eben so wenig spricht das Sachverhältniß für diese Behauptung. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß die Forderungen des Geschäftsfreundes und des Wechslers in einer gewissen innerlichen Verbindung standen, aber alle äußeren Motive, welche zunächst auf die Compensation der Wechsler geführt hatten, fielen hier weg. — Die Wechsler-

1) *Bethmann-Hollweg* rhein. Mus. 1. S. 281.

Klage mit ihrer eigenthümlichen Struktur wäre jedenfalls völlig unpassend gewesen. Die genaue Buchhaltung hatte der Banquier zu besorgen; der Geschäftsfreund war oft selbst von der Größe seiner eigenen Forderungen nicht unterrichtet; eben deshalb hatte man ihm das Recht gegeben, *Edictio der rationes argentariae* zu verlangen; wie konnte man ihn zur Wahl einer Klage zwingen, in welcher der Sieg davon abhängt, daß er auch die Gegenforderungen aufs genaueste veranschlagte ¹⁾?

Deswegen war aber doch der Wechsler nicht hilflos der Discretion des Geschäftsfreundes überlassen; keinesfalls konnten die Gegenforderungen zu gleicher Zeit zur Compensation benutzt und noch einmal besonders eingeklagt werden. Wir haben uns nur nach anderen Mitteln umzusehen, durch welche man dies verhinderte.

Klar liegt die Sache, wenn der Geschäftsfreund seine Forderungen bereits herausgegriffen und eingefordert hat, ehe der Wechsler geklagt hatte. Der Wechsler konnte dann seine Forderungen ausschließlich und vollständig mit der Wechslerklage eintreiben; er hatte beim Ansag des *amplius* nur noch seine Aktiva, nicht aber die vom Geschäftsfreunde vorweg eingeklagten

1) Sasse, Archiv 7 S. 180. nimmt an, daß das, was zur Zeit von Gajus von den Argentarien galt, ehemals wenigstens bis auf einen gewissen Punkt, in allen Schulverhältnissen, welche auf den Hausvätern römischer Bürger beruhten, Rechtens war. — Dies scheint aber durchaus nicht haltbar, denn die Compensation hat sich von kleinen Anfängen zu größerer Bedeutung entwickelt, nicht umgekehrt; der *litteralcontract* war keinesfalls zu Gajus Zeit so antiquirt (III. 128 folgende), daß man eine Compensation, die hier immer vorkam, eine Compensation des Wechslers nennen konnte.

und in *judicium* beducten Gegenforderungen zu veranschlagen. Das verstand sich nach streng formellem Recht von selbst, das *dare oportere* des Wechslers an den *Titius* hatte aufgehört und sich in ein *condemnari oportere* verwandelt; die Formel nöthigte ihn nicht auch dies abzuziehen ¹⁾.

Wie aber, wenn der Wechsler bereits geklagt und die Gegenforderungen beim Ansaß des *amplius* abgerechnet hat, nun aber der Beklagte dieselben noch einmal ohne Rücksicht auf die Abrechnung einklagen will? Quellenmäßige Nachrichten fehlen, mit völliger Bestimmtheit läßt sich darüber nichts entscheiden. Doch wird einiges Licht auch auf unsere Frage fallen, wenn wir nun die Wirkung, welche die Compensation der Wechsler auf Forderungen und Gegenforderungen überhaupt hatte, näher in's Auge fassen.

Da steht eins vor allem fest: wenn auch der Wechsler mit Compensation geklagt hatte, blieben die Forderungen und Gegenforderungen, die er miteinander abgerechnet hatte, an und für sich in voller Integrität bestehen ²⁾. Es war kein Ereigniß eingetreten, das ihren Untergang nach Civilrecht bewirken konnte. Darum betrachtet auch *Gajus* beide Forderungen als nebeneinander existirend (*ecce enim si sestertium X milia debeat Titio atque ei XX debeat Titius*). In die ganze Construction der Formel setzt das unversehrte Fortbe-

1) *Fr. 8. D. de compens. Gajus libro 9. ad edictum provinc.* bezog sich wahrscheinlich nicht auf die *Argentarienklage*. — Nähme man dies auch an, so bewiese sie doch, daß es eines besondern Zusages bedurfte, der nur gegeben wurde, wenn der Geschäftsfreund von seiner Klage abstand.

2) *Bethmann-Hollweg* §. 383. a. Ansicht scheint *Unterholzner Obligationenrecht* Band 1 S. 550.

stehen der beiden Forderungen voraus. Hätte das dare oportere der Gegenforderungen aufgehört, so hätte es keiner besonderen Fassung bedurft. —

Eben so wenig läßt sich behaupten, daß die Forderungen des Klägers, insoweit sie über das eingeklagte amplius hinauslagen oder gar die Gegenforderungen des Beklagten, in iudicium deducirt waren; diese Ansprüche sind gerade von dem iudicium, welches nur das amplius des Klägers aufnimmt, fern gehalten worden.

Und doch glauben wir mit Bestimmtheit annehmen zu müssen, daß vom Augenblick der Litiscontestation über die Wechselklage an die gegenseitigen Forderungen auf die eine oder die andere Weise wechselseitig gehemmt und in ihren materiellen Wirkungen aufgehoben wurden; denn es wird uns gesagt, daß unsere Klage eine „actio cum compensatione“ ist, daß eine „compensatio verbis formulae comprehenditur“, daß man „facta compensatione“ minus intendit; ein bloßes „Abziehen“ der einen Forderungsgröße von der anderen wäre aber keine „Compensation“ gewesen; zu ihrem Begriff gehört nothwendig, daß die beiderseitigen Forderungen von dem Augenblicke ihres Eintretens an aufgehoben, entkräftet, wirklich kompensirt wurden. Wir halten es daher für irrig, wenn Brinz¹⁾ die Compensation der Wechsel für eine bloße Subtraktion erklärt, die keinen Einfluß auf die congruenten Forderungsgrößen geübt hätte; wir finden keinen Grund, die Mittheilung von Gajus, daß wirkliche Compensation der Forderungen stattfinde, wegzudeuten und es scheint uns die noth-

1) Compensation S. 98 u. 70.

wendige Consequenz daraus, daß die Forderungen des Beklagten, wie die des Klägers als gehemmt betrachtet wurden. Nur auf welche Weise dies geschah, haben wir noch zu bestimmen.

1. Forderungen des Beklagten. — Die Ansprüche des Beklagten waren durch die Litiscontestation über die Wechselklage allerdings nicht nach Civilrecht untergegangen, sie waren eben so wenig in den Prozeß deducirt worden, aber er hatte sich doch durch die Acceptation jener Klage damit zufrieden gegeben, daß der Wechsel Forderungen und Gegenforderungen, soweit sie sich deckten, von einander abzog, compensirte und gerade einen Ueberschuß forderte. Wollte er seine Ansprüche im Wege eigener Klage verfolgen, so stand ihm dies vor Acceptation der Wechselklage frei. Er hatte von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht, er hatte sich auf diese Klage eingelassen, nun sah man mit Recht in der Litiscontestation über einen Ueberschuß eine stillschweigende Uebereinkunft über die Compensation der Forderungen bis zu gleichem Betrage. Jeder späteren Klage mußte eine Exception entgegen treten. Läßt sich gleich ihre Formulirung nicht mit Gewißheit bestimmen, so deuten doch manche Anklänge auf die Existenz einer *exceptio rei in compensationem deductae*¹⁾. Sie steht auf innerer Wahrscheinlichkeit, wenn es auch keine directe Beweise für eine solche Fassung gibt.

Wie dann das Urtheil über den eingeklagten Ueberschuß ausfiel, war für die vorgenommene Compensation der Gegenforderungen bis zu gleichem Betrag natürlich irrelevant. Hatte der Wechsel zu viel als Ueberschuß angesetzt, so war

1) Der Ausdruck *res in compensationem venit, deducitur* kommt vor fr. 8. fr. 8. fr. 15. D. de compens. c. 1. C. si major factus al. 5, 74.

ihm nach der Abweisung wegen *pluris petitio* jede weitere Klage auf das *amplius*, das Einzige worauf er überhaupt klagen konnte, verloren; hatte er einen Ueberschuß gefordert, ohne daß ein solcher vorhanden war — zeigte es sich also, daß sich Forderungen und Gegenforderungen gerade deckten, oder daß der Wechselner noch weniger zu fordern hatte als der Beklagte — so konnte er natürlich durch die falsche Klage nichts verloren haben, weil er überhaupt keinen klagbaren Anspruch hatte, der zu verlieren war. — Brinz ¹⁾ ist ebenfalls der Ansicht, daß nur der Ueberschuß als eingeklagt und konsumirt gelte, dennoch findet er es inkonsequent, daß der, welcher keinen Ueberschuß zu fordern hat, ohne die Strafe der *plus petitio* bleibe, während der, welcher ihn zu hoch ansetzte, seiner weiteren Klage verlustig gehe; er schließt daraus, daß der Kläger in einem wie im anderen Falle auch dadurch gezüchtigt wurde, daß der Beklagte seine Forderungen nach Abweisung des Klägers noch vollständig einklagen durfte, und sucht dadurch den Beweis zu erbringen, daß die Compensation des Wechslers auf die Gegenforderungen des Geschäftsfreundes überhaupt keinen Einfluß geübt hätte. Indessen können wir die Richtigkeit dieser Argumentation nicht einsehen. Zuviel fordern schadet stets nur dem, welcher eine Klage hat; etwaige Chikane des Klägers, welchem kein Recht zusteht, wird durch eigene festgesetzte Mittel geahndet ²⁾; die Folgen der *plus petitio* können keine Anwendung finden.

Nach alle dem wurde also auch der Beklagte durch die Anstellung der Wechselnerklage genöthigt auf Compens-

1) Brinz S. 94.

2) Cfr. Gaj. IV. §. 174. u. folgende.

sation einzugehen, falls er nicht den Weg schnellerer besonderer Klage vorzog. — Darin lag denn freilich wieder eine Abweichung vom gemeinen Recht, nach welchem der Gläubiger seine Forderungen dann vorbringt, wenn es ihm beliebt, und ein Vortheil für den Wechsler, welcher durch die eine Klage zu vollständiger und definitiver Erledigung des Geschäftsverhältnisses gelangen kann.

2. Was die Forderungen des Wechslers anbelangt, so sieht jedenfalls fest, daß sie unter keinen Umständen mehr eingeklagt werden konnten, insoweit sie mit den Gegenforderungen des Beklagten in gleichem Betrag waren; dem Wechsler stand überhaupt nur eine Klage auf das amplius offen.

Dagegen kann sich allerdings die Frage erheben, ob der Wechsler, der einmal aus dem Geschäftsverhältniß X milia amplius gefordert hat, später aus demselben Geschäftsverhältniß noch einmal eine weitere Summe als Ueberschuß nachfordern kann, ob er also gehört wird, wenn er zuvörderst 10000 als amplius angefordert hat und hintendrein mit einer anderen Forderung, die immer noch amplius sei, nachkömmt.

Die Neueren bejahen diese Annahme meist stillschweigend; Scheur¹⁾ hat sie sogar seiner ganzen Anschauung der Wechselklage zu Grunde gelegt. — Er nimmt an, ihr Zweck sei überhaupt nur gewesen, die Existenz von Gegenforderungen, die der Beklagte vorbrachte, zum Gegenstande des richterlichen Erkennens zu machen. Der Wechsler habe deshalb vorläufig die Forderung des Gegners, die er nicht etwa sogleich anzuerkennen vermochte, von seiner Forderung abzurechnen gehabt, sein Be-

1) Scheur Beitr. S. 156. — Ohne Zweifel geht auch Brinz von dieser Ansicht aus, vergl. S. 65 u. folgende.

titum also wenn er 20000 zu fordern hatte und der Gegner einen Anspruch von 10000 opponirte, vorerst nur auf die restirenden 10000 gestellt. Habe nun der Richter gefunden, daß dem Wechsler in Wahrheit 20000 zuständen, die Gegenforderung des Beklagten Titius aber in der That nicht existire, so sei für jetzt zwar nur eine Verurtheilung auf 10000 erfolgt; zu Grunde habe aber der Sentenz ein wenigstens stillschweigend gefälltes Erkenntniß, wenn nicht eine förmliche pronuntiatio gelegen, daß Titius 20000 schulde, daß die angebliche Gegenforderung nicht existire und darauf habe dann der Wechsler immer noch eine Restforderung auf 10000 stützen können.

Diese Auffassung ist aber gewiß nicht richtig; sie beruht auf der Voraussetzung einer völligen Incongruenz des Mittels und des Zwecks. Wäre der Zweck der Formel gewesen, ein Erkenntniß über die Gegenforderungen herbeizuführen, so hätte man die Frage direkt zur Entscheidung gebracht, man hätte dem Wechsler Mittel an die Hand gegeben, den Anspruch seiner vollen Forderung noch in demselben Prozeß zu erhalten, man hätte ihn nicht auf eine zweite Verhandlung verwiesen, bei der er nicht die mindeste Garantie hatte, daß der zweite Richter die Ansicht des ersten Richters adoptirte.

Nicht um den Wechsler über die Gegenforderungen zu belehren, hat man ihn zum Abzug und zum richtigen Ansaß der Gegenforderungen genöthigt, man hat ihn dazu gezwungen, weil er sie genau kennen mußte, und es im Interesse Aller lag, daß er sie auch genau angab. Darum existirte aber auch kein Bedürfniß ihm eine Nachforderung zu gestatten, vielmehr spricht Alles gegen die Zulässigkeit einer neuen Klage.

Die Formel hätte sich allensfalls noch auf zweierlei Weise interpretiren lassen. Man hätte in ihr auch die Frage lesen

können, ob der Beklagte dem Kläger 10000 schulde, „die“ ein Mehr bildeten ¹⁾; doch war es natürlicher, die Frage, die dem Richter gestellt war, so aufzufassen, ob dem Wechselr 10000 „als“ das Mehr seiner Forderungen geschuldet würden.

Die letztere Interpretation, welche eine weitere Klage auf den Ueberschuß ausschließt, scheint uns aber dem Geiste des römischen Prozesses allein entsprechend. Dieser liebt nicht ein Herumzerren einer und derselben Sache vor verschiedenen Gerichten. Er zwingt regelmäßig alle Ansprüche aus einem Geschäftsverhältniß, Mandat, Tutel in einem Prozeß vorzubringen und hat selbst der Theilbarkeit einer actio certa durch die *exc. litis dividuae* einen Zaum angelegt. Gerade der Eigenthümlichkeit unseres speciellen Verhältnisses ist aber dieser Zwang allein angemessen; dem Wechselr zu gestatten einzelne Posten herauszugreifen, dann wieder und wieder zu klagen, wäre verwirrend und unnatürlich gewesen.

Wir kommen daher, wenn auch auf anderem Wege, auf das Resultat, das schon Bethmann-Hollweg ²⁾ ausgesprochen hat, daß der Wechselr den ganzen Belang, das ganze Fact aus dem Geschäft auf einmal einzuklagen hat; einer Wiederholung der Klage auf das *amplius* steht die *exceptio rei in iudicium deductae* entgegen und da auch die Klage des Gegners wenigstens insoweit sich die Gegenforderungen decken, gleichfalls gehemmt ist, so kann man in gewissem Sinn sagen, daß durch die einmal angestellte Wechselrklage für das ganze Geschäftsverhältniß haben und drüben eine definitive Ordnung entstehe.

1) Brinz S. 93.

2) Bethmann-Hollweg S. 283.

Erwägen wir nun aber noch einmal zum Schluß die Eigenthümlichkeiten der Compensation der Wechsel, so wird man es nicht ungerechtfertigt finden, daß wir in ihr eine der frühesten Entwicklungen der Compensation sehen. — Sie trägt einen durchaus singulären Charakter, alle ihre einzelnen Züge verrathen eine gewisse Steifigkeit und Starrheit, die der Rechtsbildung einer früheren Zeit angemessen ist; die Forderungen verlieren trotz der Compensation nichts von ihrer Strenge, das richterliche Arbitrium wird nicht erweitert, es wird ihm keine Schätzung anheimgestellt; Alles beruht auf der Thätigkeit der Partheien; der Wechsel selbst wird gezwungen, genaue Abrechnung vorzunehmen; setzt er zuviel an, so verliert er seine Klage vollständig, setzt er zu wenig an, so erhält er doch niemals mehr als das einmal Angesezte.

§. 6.

Die deductio des honorum emtor.

Der Zwang zur Compensation bei den Klagen der Wechsel schuf ein besonderes Recht für ein ganz besonderes Verhältniß. Im Allgemeinen aber blieb es Regel, daß Gegenforderungen des Beklagten bei der Beurtheilung der Klage des Gläubigers nicht in Betracht kamen. Dies hatte seine Inconvenienzen; da aber eine Ausgleichung meist beiden Theilen zum Vortheil gereicht, so wurden sie, wie wir bereits sahen, regelmäßig durch wechselseitige Convention beseitigt.

Dennoch nöthigte das Bedürfniß frühzeitig noch in einem Falle — beim Conkurs ¹⁾ — Gegenforderungen des Beklagten

1) Vergl. G. Dernburg, die hon. emtio bef. von S. 145 — 148. Keller, röm. Civilproceß S. 362.

hen. Hier würde
quemlichkeit, son-
erbführen. Das
Römer haben dies
ster Weise und in

ntlich eine eigen-
hiebene Gestalt ²⁾).
dar, dem er nicht
weise seinen Gläu-
Vertreter blieb —
it war — so wurde
Oberaufsicht des
Historische Universal-
erhielt die Aktiva,
ngte, dingliche- und
tend machen. Da-
te ³⁾ gleichsam als
hasteten, bis
er konnten ihn mit
bedungenen Rate;
natürlich aus der

absagen ausgegangen,
recht des Schuldners
suchen, vergl. Gün-
58.

War nun aber Jemand zugleich Gläubiger und Schuldner des Falliten (Fraudator), so mußte es doppelt hart erscheinen, ihn auf der einen Seite mit dürftigen Procenten abzufinden, aber auf der anderen zur Auszahlung seiner ganzen Schuld an den *honorum emtor* zu nöthigen. Waren doch Forderungen und Gegenforderungen Glieder eines größeren Verkehrsverhältnisses zwischen zwei Bürgern, war doch häufig der eine Anspruch materiell nur ein Aequivalent des Gegenanspruchs.

Dhnehin hatte man den Boden des strengen Rechts verlassen, indem man dem *hon. emtor* eine *utilis actio* gegen den gab, der nicht mit ihm, sondern dem Falliten kontrahirt hatte, und so konnte man sich zur Beschönigung jener Unbilligkeit nicht einmal auf die starre Rechtskonsequenz berufen.

Man fand es daher in der Ordnung, wenn der Schuldner dem *honorum emtor* in so weit einen Abzug machte als ihm eine Gegenforderung zustand, man gab ihm das Recht, einen Zusatz in der Formel zu beantragen, wodurch der Richter angewiesen wurde, dessen Gegenansprüche bei der Condemnation abzurechnen. *Gajus* berichtet darüber IV. 65.

Itemque honorum emtor cum deductione agere debet, ut in hoc solum adversarius ei condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur.

Der *honorum emtor* wurde zwar nicht wie der Wechsel durch die ständige Fassung der Formel von vornherein zum Abzug gezwungen; aber der Beklagte konnte einen Zusatz beantragen und einfügen lassen, um den Richter zur Compensation zu nöthigen. Auf diesen Gegensatz spielt *Gajus* §. 66. an: *compensatio argentario interponitur — deductio bono-*

rum emtori *objicitur*. Hat der Beklagte die Vorschüzung der *deductio* veräußert, so ist das sein Nachtheil, will er noch Abrechnung im Prozeß geltend machen, so bleibt ihm nichts übrig, als um Restitution nachzusuchen ¹⁾.

Aller Wahrscheinlichkeit nach genügte dabei aber eine allgemeine Angabe des Debitor, daß ihm Gegenansprüche zuständen, nicht; vielmehr hatte er regelmäßig die Gegenforderungen, die er zur *deductio* bringen wollte, genau zu spezifiziren. Dafür spricht der Geist des römischen Prozeßrechts, welcher Unbestimmtes nicht duldet, das Bedürfnis, daß genau festgestellt wurde, was zur Abrechnung *deductum* war, und es deutet darauf auch das Formelstück in §. 66. *si vinum debet. deducto, quanti id erit, experitur*, wobei offenbar vorausgesetzt ist, daß der Abzug mit einer speziellen Forderung geschah ²⁾.

Höchst belehrend ist es, wie die Römer die Deduktion des *honorum emtor* und die Compensation des Wechslers — zwei Institute, denen doch im Wesentlichen dieselbe Idee zu Grunde lag — im einzelnen nach der Eigenthümlichkeit der besonderen Verhältnisse, in denen sie zur Erscheinung kam, so verschieden gestalteten. Schon *Gajus* IV. 66 hebt diese Verschiedenheiten in prägnanter Weise hervor.

1) *Arg. Gaj. IV. 48.*

2) Denken wir uns daher, der *honorum emtor* klagt im gegebenen Fall mit der formula *Rutiliana*, *Gaj. IV. 35.* so lautet die Klage nach Verschüzung der *deductio* ungefähr folgendermaßen: *Si parat Numerium Negidium Aulo Agerio (fraudatori) ex stipulatu X milia dare oportere, q. d. r. a. iudex N^m N^m A^o A^o honorum Lucii Titii emtori tantam pecuniam condemna, deducto eo, quanti Lucius Titius N^o N^o condemnandus est, si Lucius Titius N^o N^o C. amphoras vini Campani dare oportet s. n. p. a.* *X. Versuche Dernburg S. 147. v. Schenkl S. 155.*

Sie zeigen sich gleichertweise in der kuppren Form und im materiellen Inhalt des Instituts, die ja im älteren Recht stets congruent waren.

Der *Debittio* hat man von vornherein eine ganz freie Gestalt gegeben, sie erhielt, wie uns die Formel zeigt, ihre Stelle nicht in der *intentio*, sondern wurde der *Condemnation* beigefügt. Nichts erinnert an den mehr alterthümlichen Charakter der *Wechslerklage*. Die Formel schnürt beide Forderungen nicht mehr eng zusammen, lose und ungezwungen sind sie aneinander geknüpft. — Die ganze Struktur weist auf die Periode des völlig entwickelten Formularprozesses.

Aus dieser freien Form wußte man das freieste Recht zu interpretiren. Vor allem kam durchaus nichts darauf an, ob die Forderungen und Gegenforderungen an und für sich von gleicher Gattung und Beschaffenheit waren. Fordert der *honorum emtor* Geld, so kann ihm, anders wie bei der *Wechslerklage*, eine Forderung auf Wein, Getreide oder irgend eine bestimmte *Spezies* entgegengestellt werden.

Gaj. IV. 66. *In deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis. Itaque si pecuniam petat honorum emtor et invicem frumentum aut vinum ipse debeat „deducto quanti id erit“ in reliquum experitur.*

Der Richter hat beide Ansprüche in Geld abzuschätzen und dann abzurechnen; es werden demnach nicht die prinzipalen Forderungen, sondern die wechselseitigen *Condemnationssummen* voneinander abgezogen, wie dies schon die Stellung der *deductio* in der Formel andeutet. Diese Umsehung der beiderseitigen Forderungen in Geld konnte freilich den Römern nicht einmal als etwas *Anomales* erscheinen, da nach der *Construk-*

tion des römischen Formularprozesses die Beurtheilung aus jeder Klage regelwäßig auf Geld ging ¹⁾).

Dagegen war es allerdings eine besondere Begünstigung der Schuldner und beruhte auf einer Abweichung vom gemeinen Recht, daß man sogar die Abrechnung mit nicht fälligen Forderungen zugelassen hat — natürlich mit Berücksichtigung des *Interfusuriums* — während man bei der *Argentarienklage* auch in dieser Beziehung andere Regeln aufstellte.

Gaj. IV. §. 67. *Item vocatur in deductionem et id, quod in diem debetur.*

Man sah ein, daß die Unbilligkeit, welche darin liegt, den Schuldner zur vollen Zahlung zu nöthigen und ihn mit Prozenten seiner Gegenforderung abzufinden, dieselbe bleibt, ob diese Forderung im Augenblick des *Concurfes* fällig sei oder nicht ²⁾).

Auch darin unterschied sich endlich die *deductio* von der *compensatio* des Wechslers, daß hier von einem Verlust des Prozesses wegen *plus petitio* nicht die Rede sein konnte. Schon die äußere Stellung der *deductio* in der *Condemnation* machte jede Abweisung wegen *plus petitio* unmöglich ³⁾; zudem hatte nicht der Kläger die Abrechnung vorzunehmen, die Größe der Gegenforderung zu normiren, das war Alles Sache des Beklagten und der Kläger konnte natürlich unter dessen Fehlern nicht leiden.

1) Gaj. IV. 48.

2) Die römische Theorie war daher namentlich hier dem wahren Recht viel mehr entsprechend, als die Theorie unseres *Concurfes*, nach welcher nur mit fälligen Gegenforderungen abgerechnet werden kann, vergl. G ü n t h e r, *Concurfsprozeß* loc. cit.

3) Gaj. IV. 57.

Gaj. IV. 68. deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emtore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

Fragen wir nun noch nach dem Zustande, in welchen die beiderseitigen Forderungen durch eine Litiscontestation über die Klage mit vorgeschützter deductio gerathen, so ist soviel gewiß, daß beide Forderungen nach Civilrecht nicht aufgehoben werden. — Ebenso steht es fest, daß die Klage, die der bon. emtor einmal angebracht hat, nach den Grundsätzen des Prozeßconsumtion, von ihm nicht noch einmal angestellt werden kann ¹⁾. Zweifelhaft aber ist es, wie es sich mit der Forderung des Beklagten verhält, und ob diese nach der Vorschüzung und Einfügung in die Klage noch einmal, sei es im Wege der Klage, sei es der Compensation, geltend gemacht werden kann. Unzweideutige Nachrichten sind uns darüber nicht erhalten; wenn wir das Verhältniß an und für sich erwägen, so finden sich Gründe für und gegen die Ertheilung einer Exception.

Dafür, daß man eine weitere Klage verhinderte, spricht ein dringendes Bedürfniß; denn nach dem Formalismus des römischen Verfahrens und weil jeder Prozeß vor verschiedenen Richtern geführt wurde, wäre sonst Gefahr vorhanden gewesen, daß der bon. emtor einmal den Abzug dulden mußte und dann noch einmal in Gefolge der daneben angestellten Klage verurtheilt worden wäre.

Auf der andern Seite läßt sich denken, daß der Schuldner ohne die Forderung des bon. emtor für richtig zu halten,

1) Dem eigentlich Berechtigten, dem Failliten ist sie dagegen natürlich für immer benegirt.

doch häufig vorsorglich die vortheilhafte deductio einzufügen wünscht. Es kann ihm eine weitere Geltendmachung seines Anspruchs doch keinesfalls verloren gehen, falls es sich dann wirklich herausstellt, daß dem *honorum emtor* keine Forderung zustand.

Dennoch halten wir das Bedürfnis, eine doppelte Geltendmachung zu verhindern, für das nächste, und glauben daher, daß eine *exceptio* jede spätere Klageanstellung der Regel nach verhinderte. Für jene Fälle, in welchen der Beklagte die Forderungen des *honorum emtor* nicht anerkannte und ihr nur eventuell deductio entgegenstellen wollte, ließen sich doch Mittel und Wege finden. Der Beklagte konnte sich sofort eine eigene Klageformel ertheilen lassen, welche vor den Richter, der über die Klage des *hon. emtor* sprach, verwiesen wurde und in welcher durch eine *praescriptio* bestimmt wurde, daß er nur dann obliegen solle, wenn seine Forderung nicht in der anderen Klage auch zur deductio beanagt würde¹⁾. Er konnte auch die deductio anstehen lassen, abwarten bis die Existenz der Gegenforderungen durch *Judicat* entschieden war und dann noch der *actio judicati* gegenüber deductio beantragen. Wies er nach, daß die Urtheilsschuld aus einer durch die *honorum emtio* erworbenen Forderung herrühre, so wird sich der Prätor ohne Anstand auch noch in dieser Instanz zur Einfügung der deductio herbeigelassen haben.

Ebenso wenig konnte regelmäßig die einmal zur deductio in die Formel inserirte Gegenforderung noch einmal einer an-

1) Arg. fr. 7 §. 4. D. quod legat. 43, 3. — quoties incertum est, quae potius actio teneat duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.

deren Klage des bon. emtor gegenüber zur *deductio* gebracht werden. Auch da wäre Gefahr gewesen, daß verschiedene Richter nach den Vorschriften der Formel dieselbe Forderung mehrmals hätten abziehen müssen. Doch lag hier natürlich Alles in der Hand des Prätors, der den Zusatz einfügte, und er wußte im einzelnen Fall zu= oder abzugeben

Irrren wir nicht, so bezieht sich gerade auf dies Verhältniß ¹⁾.

Fr. 13. D. de *compans.* Ulpianus libro 66 ad edictum.

Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut si cui petitioni compensatio specialiter destinata est in caeteris non objiciatur.

Einmal ist dieses Fragment dem Theil des Ebittkommentars entnommen der vom Concurß und dem Concurßverwandten Instituten handelt; hier war zunächst von der *deductio* des honorum emtor zu sprechen, wenn auch andere Theile der Compensationslehre bei dieser Gelegenheit häufig mitbehandelt wurden. Dann weist der Satz *si compensatio specialiter destinata* auf eine Compensation die der Formel zugesetzt war, das *obicere* auf ein Einfügen in Folge eines Antrags des Beklagten; Alles dies trifft gerade bei der *deductio* des honorum emtor zu. Endlich deuten die Worte „in caeteris“ non objiciatur auf eine abgegränzte Anzahl von mehreren Forderungen, die zugleich geltend gemacht werden; und dies paßt gleichfalls am natürlichsten auf unser Verhältniß.

1) Anders Brinz S. 77.

Zweites Kapitel.

Compensation bei den bonae fidei judicia.

§. 7.

Verhältniß der Compensation zum Charakter der bonae fidei judicia.

In einem größeren Maße und in allgemeinerer Weise fanden Gegenforderungen zuerst bei den freien Klagen Berücksichtigung. Aber bei den verschiedenen Classen derselben gestalteten sich darüber wieder verschiedene Grundsätze, andere beim Kauf und Verkauf, andere bei der Dotalklage. Wir haben daher die einzelnen Gruppen der freien Klagen bestimmt voneinander zu scheiden und gesondert zu betrachten.

Zunächst wenden wir uns zu den bonae fidei judicia. Dieser Ausdruck hat zu verschiedenen Zeiten verschiedene Bedeutungen gehabt ¹⁾, ohne daß doch die Neueren diese überall

1) In einem Anhang werden wir dies noch näher begründen, vergl. vorläufig Cic. de off. lib. III. c. 17, 70 in iis „arbitriis“ in quibus additur ex fide bona.

genau unterschieden; daraus ist manche Verwirrung entstanden, ja es sind sogar bedeutende Irrthümer dadurch veranlaßt worden. In der Periode der Severer umfaßte derselbe nämlich freie Klagen jeder Art — während man dieselben früher allgemein *arbitria* genannt hatte; ursprünglich und im eigentlichen Sinne bezeichnete er nur eine Spezies dieses großen Geschlechts von Klagen, man rechnete nur solche „*arbitria*“ hierher, bei denen die Verpflichtung des Beklagten ausdrücklich nach den Worten der Formel aus der *bona fides* hergeleitet wurde. Im Ganzen war dies nur bei gewissen Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Gründen der Fall; im einzelnen zählt Gajus (IV. 62.) als solche auf: die Klagen aus dem Kaufvertrag, dem Miethvertrag, der *negotiorum gestio*, dem Mandat, dem *Depositum*, der *Fiducia*, der *Societas*, der *Tutel*, dem *Commodat*; sein Verzeichniß ist im wesentlichen erschöpfend; nur die sogen. *Innominatcontracte*, welche nach der Theorie der *Proculejaner* in der Kaiserzeit *ex fide bona* klagbar wurden und die von den *Justinianischen Institutionen* (§. 28. I. de *actionibus* 4, 6) theilweise zugefügt wurden, hat er als *Sabinianer* nicht aufgeführt; was noch sonst die *Institutionen* zusetzen, gehört nicht hierher; ihr Verfasser verstand unter *bonae fidei judicia* freie Klagen jeglicher Art und hat sie ohne Unterschied zusammengeworfen; namentlich ist die *Dotalklage*¹⁾ nicht zu unserem Kreise zu rechnen, da sie niemals auf *bona fides* gestellt war, auch durchaus ihre besondere Theorie hatte.

1) Ueber die Formel der *a. rei uxoriae* siehe vorläufig Cic. de officiis III. 15, 61. *Topica* c. 17, 66; dies ist die einfache Erklärung der Erscheinung, an der man häufig Anstand nahm, daß weder *Scävola* (Cic. de off. III. 17, 70) noch Gajus sie zu den *bonae fidei judicia* zählt. Daß sie später ihre Formel verändert habe, wie *Puchta*, *Instit.* Vb. 2 §. 165 annimmt, ist unrichtig.

Unsere nächste Aufgabe ist nun, das innere Gesetz, welches die Einführung der Compensation bei diesen Klagen bestimmte, zu erforschen und namentlich das Verhältniß, in welchem die Compensation zum ursprünglichen Charakter oder auch zur späteren Entwicklung der bonae fidei negotia stand, festzustellen. Einige Bemerkungen über die äußere historische Stellung der freien zu den strengen Klagen sollen uns dazu den Weg bahnen.

Viele und bedeutende Forscher ¹⁾ vertheidigen die Ansicht, die bonae fidei judicia seien von gleichem Alter wie die strengen Klagen gewesen, sie hätten das Rechtssystem von Anfang an ergänzt, das freie und das starre Prinzip hätten im Obligationenrecht dualistisch von jeher nebeneinander bestanden. Die formlosen Verträge verdankten also ihre Bildung demselben Zeitalter, wie etwa die obligatio nexi, die stipulatio, der Litteralcontract. Uns scheinen gegen diese Auffassung äußere Zeugnisse und die bedeutendsten inneren Gründe zu sprechen und wir glauben uns unbedenklich der entgegengesetzten Ansicht ²⁾ anschließen zu dürfen, wonach die bonae fidei judicia das Produkt einer späteren Entwicklung sind, wenn wir dieselbe gleich hier nicht ausführlich begründen können.

Erst als die Römer die Gränzen überschritten hatten, die ihr Gebiet Jahrhunderte lang eingengt hatten und Rom zur Hauptstadt Italiens, ja ganzer Welttheile heranwuchs, wurden die Formen, in denen einst die bedächtige römische Landbevöl-

1) Statt Aller Savigny, System Bb. 5 §. 220. Beilage XIV. num. 47. — Obligationenrecht Bb. 2 §. 229. — Keller, Civilprozess S. 71.

2) Vergl. Dr. Weder, Heidelberger krit. Zeitschrift Bb. 1 Heft 5, S. 441, §. Dernburg ibid. S. 471. Dr. Stinzing, legis a. sacr. S. 12 besonders aber die gründliche Arbeit von Weder, de emptione venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur. Berolini 1853.

terung für ihre wenigen Contrakte allein Sicherheit gesehen hatte und an denen sie noch festhielt, unzureichend, sie zeigten sich unpassend für die Beweglichkeit des städtischen Leben und die Bedürfnisse eines ausgebreiteten Handels. Größerer Verkehr fordert und gibt Vertrauen, man wagte es bei den wichtigsten Geschäften Umgang von den civilrechtlichen Formen und deren Sanction zu nehmen; es bildete sich neben dem klagenbaren ein freieres Obligationenrecht, zunächst geschützt durch die Sitte¹⁾, Rücksicht auf Erhaltung des Credits, drohende Infamie und andere censorische Strafen; Klagbarkeit wurde ihm erst später und allmählig durch die Prätores ertheilt²⁾.

Nicht selten³⁾ führt man für die Abstammung der *bonae fidei judicia* aus einer früheren Zeit, der Periode der *legis actiones* an, daß sie wie *stricti juris judicia* eine *intentio in jus concepta* auf *dare facere oportere* hatten⁴⁾, während die Klagen, die erst durch Vermittlung des Prätors aufgestellt wurden, *formulae in factum* oder *fictitiae* gehabt hätten. Auch wir glauben aus jener Eigenthümlichkeit wichtige Consequenzen für die Geschichte unseres Verhältnisses ziehen zu können, aber jene Annahme halten wir deswegen nicht für erwiesen.

1) Vergl. Varro l. lat. VI. 71. — Tum praetorium jus ad legem et censorium ad aequom existimabatur, über Infamie vgl. Gaj. IV. §. 182.

2) Cic. de off. III. 16, 61 *sine lege judicia*, in quibus additur ex fide bona. fr. 5. D. de just. et jur. 1, 1. Hermogenianus lib. 1 juris epit. Ex hoc jure gentium — commercium, emptiones, venditiones, conductiones — obligationes (sunt) institutae, *exceptis, quibusdam quae jure civili introductae sunt*. Fr. 1 §. 2. D. de contr. emt. 18, 1. fr. 1. D. locati 19, 1. §. 1. I. de obl. 3, 14.

3) Vergl. z. B. Zimmermann, röm. Privatrecht Bd. 3. S. 117.

4) Oportere heißt: es ist etwas rechtlich begründet; vergl. Heibelberger tit. 3tschr. Bd. 1. §. 5. S. 473.

der Klagformeln war
den, einem Anspruch
ein allgemeines
lich anerkannt war,
Aussetzungen vor-
sollte (durch actiones
aber im Leben bereits
e Rechtsätze fest-
Rechtlichen war, konnte er
eine formula in jus
unsere Geschäfte eine
re facere oportere
man dem Gläubiger,
hatte, ein objektives
Richter finde bereits in
was ihm aus einem
und es bedürfe keiner
der strengen Klage seine
unseren das Recht der
judicia).

ten sich nun, abgesehen
ders dadurch von den
Geschäft zu gleicher Zeit
Verbindlichkeiten ent-
Geschäfte stets einseitig

in jeher in den meisten
zeit nur um des Er-

Charakteristisch hervor.

werbs eines Rechts willen; aber im alten Recht bestand dieser Erwerb regelmäßig in der vorangegangenen Uebertragung einer dinglichen Berechtigung. Darauf beruhte namentlich die obligatio nexi, die ihrer Form nach nur bei Gelegenheit einer Leistung vorgenommen werden konnte und vielleicht ursprünglich den einzigen Vertragsmodus bildete ¹⁾. Nachdem Stipulationen aufgefunden waren, konnten allerdings zwei Partheien etwa behufs eines Kaufs Verpflichtung gegen Verpflichtung übernehmen, aber selbst wenn dies geschah, bedurfte es dazu zweier der Zeit nach auseinanderliegenden Formalakte. Jeder von ihnen griff nur die eine Forderung heraus, durch nichts ward in denselben deutlich gemacht, daß hier Versprechen gegen Versprechen stehe, an eine etwaige Combination zweier Formalverträge konnte ein Römer nicht denken.

Sept erst seit der freieren Gestaltung des Verkehrs fand man immer allgemeiner in der Uebernahme einer Verbindlichkeit durch den Mitkontrahenten ein Aequivalent für ein gleichzeitiges Gegenversprechen, und da zugleich die formelle Schranke gefallen war, so trat dies bei den neuen Verträgen, dem Kauf der Miethen, der Societät (Verträge mit vollkommener Zweifseitigkeit) auch äußerlich hervor; indem jede der beiden

1) Vergl. die treffenden Bemerkungen von Danz, Geschichte des römischen Rechts Bd. 2. S. 82. „Es muß für die älteste Zeit neben der Form noch ein äußeres Merkmal angenommen werden, woran sich die Rechtsabsicht (caussa) schon als solche erkennen läßt; dieses äußere Merkmal, welches an sich sehr verschieden sein kann, ist bei den Römern sichtlich für die früheste Zeit nur die erfolgte Leistung zum Zweck der Gegenleistung; jeder Contrahent verpflichtete den anderen erst durch das, was er that, nicht durch bloßes Verheißsen zu einer Erwidderung oder Vergeltung. Deshalb ist das „Nexum“ das bei Gelegenheit einer Leistung vorgenommen wurde, ursprünglich die einzige Vertragsform.“

Parteien eine Leistung versprach, acceptirte sie zugleich das Versprechen der Gegenpartei.

Bei anderen Verträgen, der *Fiducia*, dem *Commodat*, dem *Depositum*, übernimmt der Wegleihende zunächst und ausdrücklich keine Verpflichtung, sondern nur der Empfänger. Nach und nach fühlte man indessen heraus, daß sich auch der Geber bei der Hingabe verhaftete, nicht vor der Zeit zurückzunehmen, für dolosen oder culposen Schaden einzustehen; so gab man Gegenklagen. Und dasselbe gilt von den gratuliten Rechtsverhältnissen, *Mandat*, *Tutel*, *negotiorum gestio*, bei denen man gleichfalls bald erkannte, daß auch der *dominus* gegen den Geschäftsführer Pflichten habe (Verträge mit unvollkommener Zweifseitigkeit).

An die Erscheinung, daß bei solchen Geschäften regelmäßig zugleich gegenseitige Obligationen entstehen, hat sich nun die Ansicht geknüpft, daß Zweifseitigkeit das eigentliche Prinzip der *bonae fidei negotia* gewesen sei, daß bei ihnen nur eine Obligation anzunehmen sei, die aus einem Gemisch von Ansprüchen und Gegenansprüchen bestände, und daß sie nur dieses synallagmatischen Charakters halber klagbar geworden seien. Diese Auffassung wurde zunächst von *Gans* eingeführt, von den Späteren fast durchgängig angenommen, mit besonderer Bestimmtheit namentlich von *Liebe*¹⁾ vertheidigt.

Sie führt direkt zu den wichtigsten Konsequenzen — die denn auch allgemein mit mehr oder weniger Schärfe gezogen

1) *Gans*, Obligationenrecht über *bonae fidei* und *stricti juris actiones* S. 108. — *Zimmern*, Rechtsgeschichte Bd. 3. S. 189 u. folgende. *Liebe*, über Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte *Ztschr. für Civilrecht und Prozeß* Bd. 15. S. 81 und folgende. *Liebe*, *Stipulation* S. 17 S. 248 u. folgende.

wurden — für die Frage inwieweit im *bonae fidei iudicium* Gegenforderungen zur Sprache kommen mußten und Compensation durch den Richter nothwendig war. So behauptet Liebe ¹⁾, es sei aus dem inneren Wesen der zweiseitigen Contracte gefolgt, daß nicht die einzelne Leistung, auf welche das Desiderium des Klägers gerichtet war, sondern der ganze Umfang des Geschäfts in den Prozeß übergegangen sei. Deshalb habe man den Richter anweisen müssen nicht nur die Ansprüche des Klägers, sondern auch die des Beklagten zu erwägen und das Resultat einer Abrechnung beider festzustellen; das sei nicht aus Billigkeitsrücksichten geschehen und um die alte Strenge zu mildern, sondern es sei von selbst und nothwendig aus der Zweiseitigkeit der Geschäfte gefolgt. Die *aequitas compensationis* beziehe sich demnach nicht auf die Billigkeit der Compensation, sondern die Angemessenheit und Uebereinstimmung der Institute ²⁾.

Wir halten diese Theorie nicht für richtig, wir glauben, daß die Hypothese von der sie ausgeht, eine unhistorische und deshalb die Consequenz zu der sie gelangt, eine irrige sei. Die Rechtsanschauung der modernen Völker neigt sich zu jener Auffassung; sie läßt sich durch die Einheit des materiellen Grundes beider Obligationen bestimmen das ganze Rechtsverhältniß als eine „Einheit“ aufzufassen, dem römischen Recht ist aber diese

1) Liebe, Stipulation S. 248 u. folgende.

2) Für eine ganz besondere Art von Compensation erklären die Compensation bei *bonae fidei iudicia* namentlich noch Gasse, Archiv Bd. 7 S. 164. Bethmann-Hollweg S. 260. Brinz S. 31 „von der Compensation in *str. juris jud.* ist die in *bonae fidei* in Ursprung und Bedeutung ebenso verschieden wie in der Anwendung.“ Scheurl S. 151. „Forderungen und Gegenforderungen sind verwachsen wie Glieder eines Leibes, sind Theile eines Ganzen.“

Anschauung fremd ¹⁾. Hier ist die Obligation ein Verhältniß, wodurch der Gläubiger einen Schuldner seiner Macht unterwirft, niemals ein Gemisch von Ansprüchen.

Allerdings entstanden bei synallagmatischen Geschäften die gegenseitigen Ansprüche nicht nur äußerlich zu gleicher Zeit, sondern sie waren auch stets durch ein gewisses innerliches Band verknüpft.

Bei den Verträgen mit vollkommener Zweifseitigkeit, dem Kauf, der Miethe, der Societät, ist nach römischer Auffassung das nothwendige Motiv zur Uebernahme der Verpflichtung stets die Absicht von der anderen Seite aus demselben Geschäft Rechte zu erwerben. Dieses Motiv muß beiden Partheien vorgeschwebt haben, damit ein rechtlich gültiger Vertrag solcher Art entstehe; es ist die *causa obligationis*. Es muß gewissermaßen die Intention der Partheien gewesen sein, wenn wir uns so sinnlich ausdrücken dürfen, eine Obligation um eine Obligation auszutauschen. Zum Kauf ist also nicht nur das Versprechen eines Kaufpreises durch den Käufer nöthig, sondern es muß in der Absicht geleistet sein, etwas zu kaufen. Bei den Verträgen mit unvollkommener Zweifseitigkeit kann man wenigstens sagen, die Rücksicht auf den Erwerb einer Gegenforderung z. B. der *a. mandati contraria* sei stets ein secundäres Motiv zur Eingehung der Obligation.

Eine weitere Verbindung läßt sich aber in der ursprünglichen Anlage unserer Rechtsinstitute nicht nachweisen; nicht einmal das Zustandekommen einer gültigen Gegenforderung wird als nothwendige *causa* des Zustandekommens einer Verpflichtung betrachtet, noch weniger waren Forderungen und Gegen-

1) Vergl. Schmidt, der prinzipielle Unterschied zwischen dem röm. und germanischen Recht S. 262.

forderungen, wenn sie einmal begründet waren, untrennbar miteinander verwachsen. Vielmehr zerlegten die Römer, gewohnt an einseitige Forderungsrechte, in der Schule des strengen Rechts erzogen, mit großer Bestimmtheit das Rechtsverhältnis von Anfang an in ein Forderungs- und ein Schuldrecht; sie behandelten beide als völlig gesonderte Rechtswesen, die ihr eigenes Dasein, ihre eigenen Rechtsmittel hatten. Von dieser Anschauung aus entwickelte sich die Theorie der Contracte ex fide bona; erst die spätere Zeit milderte zum Theil die Schroffheit des ursprünglichen Prinzips. Es tritt uns aber noch immer mit deutlichen Zügen in der ganzen Konstruktion der bonae fidei judicia und in einer Reihe von einzelnen Grundsätzen entgegen. Freilich dürfen wir nicht von vornherein die moderne Auffassung und ein durch Vorurtheil getrübbtes Auge mitbringen.

§. 8.

Selbstständigkeit der Gegenforderungen aus bonae fidei negotiis.

Im Folgenden sollen nun einige der wichtigsten Erscheinungen hervorgehoben werden, aus denen sich unzweideutig ergibt, daß die Theorie der Einheit beider Obligationen dem römischen Rechte fremd war und daß also alle Folgerungen die man daraus für die Compensationsgeschichte zieht, irrig sind.

I. Schon die Sorgfalt des römischen Sprachgebrauchs, welcher beim Kauf, bei der Miethen fast immer die *emptio* neben die *venditio*, die *locatio* neben die *conductio* stellt, deutet darauf hin, wie bei solchen Verhältnissen regelmäßig gesonderte Obligationen vorschwebten, die in Wechselbeziehung stehen ¹⁾.

1) Vergl. Zeitschr. für C. u. Pr. Bd. 7. Brandis, über absolute und relative Nichtigkeit. S. 139, Anm. 1. — Man beruft sich zwar um

II. Noch wichtiger ist, daß aus einem *bonae fidei negotium* unter Umständen für den einen Theil eine Obligation erwachsen kann, während der Gegenanspruch von Anfang verkrüppelt ist und nicht zur Erscheinung tritt.

Dies findet sich bei Verträgen, die ein Pupill abschloß. — Der Pupill kann Rechte ohne des Vormunds Zustimmung erwerben, sich aber unter keinen Umständen ohne dessen Einwilligung durch Willenshandlungen verpflichten; deswegen ist er auch zum Abschluß von Rechtsgeschäften unfähig, welche ihn berechtigen aber mit Nothwendigkeit zugleich verpflichten würden. Eine Erbschaft vermag er daher nicht allein anzutreten, da hier die Uebernahme der Verpflichtung untrennbar mit dem Erwerb des Rechts verbunden ist, — selbst wenn die Erbschaft vollständig solvend wäre, bliebe der Akt des Antritts ganz nichtig¹⁾. Schließt er dagegen Verträge, aus denen wechselseitige Obligationen entstehen, ohne Zustimmung des Tutors ab, so sind sie nicht ungültig; er erwirbt aus Kauf und Mieth, Mandat und Depositum und wird nur von seiner Seite nicht verpflichtet.

Die Neueren²⁾, von der modernen Vorstellung erfüllt, stellen

den Beweis der Einheit der Obligation zu führen (z. B. Liebe, *Stipulation* §. 251) auf fr. 19. D. de act. emti 19, 1. *Veteres in emtione appellationibus promiscue utebantur*. Daraus ergibt sich aber nur, daß die Alten den Unterschied zwischen Preis und Waare noch nicht hervorhoben: sie sahen in beiden Contracten zugleich ein *vennumdare* (Beggeben) von der einen, ein *emere* (Nehmen, vergl. *Jhering*, Geist des röm. Rechts) von der anderen Seite.

1) §. 1. I. de auct. tut. 1, 21. — Fr. 9. §. 3. D. eod. 26, 8. Fr. 8. D. de acq. 29, 2. fr. 37; §. 2. D. ad S. C. Treb. 36, 1. fr. 7. §. 1. D. de bon. poss. 37, 1. *Brandis* loc. cit. §. 170.

2) *Savigny*, *System* Bb. 3 §. 40. *Puchta* §. 232, not. a. *Arndts* §. 234. §. 356; dagegen verteidigt die richtige Ansicht *Brandis*, loc. cit. §. 133. u. folgende und *Sangerow* I. §. 279.

freilich die Sache meist anders dar. Sie behaupten, der zweiseitige Vertrag sei ganz nichtig, da er wegen seiner Unverbindlichkeit für den Pupillen nicht zu Recht bestehe, nur könne sich der andere Theil auf diese Nichtigkeit nicht berufen, wenn der Pupill hinterher den Vertrag wirksam anerkenne. Man hat sogar ein eigenes Rechtsinstitut der s. g. relativen Nichtigkeit, zunächst für diesen Fall konstruirt und demgemäß den besonderen Ausdruck *negotia claudicantia* für solche Geschäfte gebildet.

Man höre aber nun auch die Quellen und man wird finden, daß die Römer die Sache anders auffaßten. Die Institutionen pr. I. de tut. auct. 1, 21, welche hier ohne Zweifel nach einem alten Juristen gearbeitet sind, äußern sich folgendermaßen:

Unde in his casibus, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur — at invicem pupilli non obligantur.

Die natürlichste Erklärung ist offenbar: in den Fällen, in welchen aus einem Rechtsgeschäft regelmäßig gegenseitige Obligationen entstehen würden, sind die mit dem Pupillen ohne den Tutor Contrahirenden durchaus obligirt, — die Pupillen aber auf der anderen Seite sind nicht verhaftet. Dies stimmt mit dem Gang der Stelle überein; sie beginnt mit dem Satz, daß die Einwilligung des Tutors bald nothwendig ist, bald nicht; nothwendig zu der Verpflichtung, nicht nothwendig zum Erwerb; diese Prinzipien werden nun konsequent auf *mutuae obligationes* angewendet und führen zur Aufrechthaltung der einen, zur Verwerfung der anderen Obligation. Daß der Vertrag

dagegen für beide Theile nichtig sei, wird nirgends gesagt. Die gewöhnliche Auffassung trägt eben diesen Satz, den sie zu beweisen sucht, ohne jeden äußeren Anhalt hinein und behauptet dann die Worte obligari und non obligari seien zu interpretiren, der eine Theil sei an den „nichtigen Vertrag“ gebunden, der andere nicht. Unerklärt bleibt dabei aber, warum die Institutionen in ausführlicher Darstellung — noch dazu für Anfänger — den eigentlichen Satz, daß der Vertrag für beide Theile nichtig sei, unterdrückten, dagegen dessen angebliche Modifikation, daß der eine Theil gleichwohl an ihn gebunden bleibe, breit ausführen.

Ebensowenig wird in den anderen Stellen ¹⁾, welche von dem Abschluß solcher Verträge durch den Pupillen allein handeln, von einer Nichtigkeit des Vertrags für beide Theile gesprochen. Vielmehr sagt Ulpian libro 32 ad edictum fr. 43 §. 29. D. de act. emti 49, 4 im Gegentheil ausdrücklich, daß in solchem Fall von der einen Seite der Vertrag bestehe ²⁾.

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus, nam qui emit, obligatus est, pupillum sibi non obligat.

Und das bestimmt auch Paulus (libro I. quaestionum fr. 7. §. 4. D. de rescindenda vend. 48, 5) in einer Stelle die zwar durchaus gegen die gemeine Meinung spricht ³⁾, von der wir aber, um nicht zu weitläufig zu werden, nur den ersten Theil hersehen. — Si pupilli persona interveniat, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quam-

1) Cfr. noch fr. 5. §. 1. D. de auct. et cons. tut. 26, 8.

2) Vergl. Brandis Zeitschr. S. 157.

3) Vergl. darüber Brandis Zeitschr. S. 164.

vis *venditor* jam ei obligatus fuit, *tamen* quia *pupillus* non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem ei obligati sint u. f. f.

Durch den früheren Vertrag war nur der Verkäufer dem Pupillen obligirt, jetzt durch den neuen Vertrag entsteht eine Obligation für beide. — Wir würden es in der That nicht gewagt haben uns bei so klaren Ausprüchen mit jener angebliehen relativen Nichtigkeit des Contrakts der Pupillen aufzuhalten, wenn uns nicht die Autorität Buchta's entgegenstände und nicht ganz neuerdings Arndts seine Auffassung wieder adoptirt hätte ¹⁾.

Und doch ist es keine isolirte Thatsache, daß die Verträge der Pupillen nur von der einen Seite Obligationen erzeugen; dasselbe findet sich noch in anderen Combinationen. Eins der interessantesten Beispiele theilt Paulus mit.

Paulus libro 33 ad edictum fr. 34 §. 3. D. de contr. emt. 18, 1. Item si et venditor et emtor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur; si emtor solus scit, non *obligabitur* venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, praestet; quodsi venditor scit, emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur et ita Pomponius ait.

Kauf und Verkauf über Sachen, die durch die Natur oder

1) Im späteren klassischen Recht erscheint freilich in der praktischen Anwendung der Grundsatz, daß nur der Pupill, nicht aber der Gegner Rechte erwirbt, sehr gemilbert; denn (Vangerow I. §. 280) „da der Pupill naturaliter auf das Ganze verpflichtet ist, so versteht es sich von selbst, daß der Mitkontrahent bis zur vollen Leistung von Seiten des Unmündigen die *exceptio nondum adimpleti contractus* gebrauchen kann und darauf ist auch fr. 7 § 1. D. de rescind. vend. (18, 5) zu beziehen.“

das Gesetz dem commercium entzogen sind, ebenso über solche, die nach der Sitte nicht in den Verkehr rechtlicher Leute kommen, wie über gestohlenen Gut — sind ungültig, wenn beide Contractanten jenen Umstand kannten. — Es liegen hier Verträge vor, welche zu beachten, die Würde des Rechts durchaus nicht gestattet ¹⁾. Anders verhält es sich, wenn nur der Käufer nicht der Verkäufer wusste, daß die gekaufte Sache gestohlen war. Hier erwirbt zwar der Käufer kein Recht, weil der beabsichtigte Kauf einer gestohlenen Sache nichtig ist — der Verkäufer dagegen kann den Kaufpreis immer noch rechtlich fordern, denn das Recht auf seiner Seite ist makellos und steht selbstständig und unberührt daneben.

Am merkwürdigsten ist die Entscheidung für den Fall, daß der Käufer den Diebstahl nicht kannte, wohl aber der Verkäufer. Daß hier der Käufer Ansprüche aus dem Kauf erwirbt, liegt in der Natur der Sache ²⁾. — Aber auch dem Verkäufer soll das vollständige Recht auf den Kaufpreis entstehen, man faßt hier nur seine Obligation in's Auge; in dem Versprechenlassen des Kaufpreises lag an und für sich nichts Verbotenes, und auch die causa, aus der der Käufer versprach, ist nach der Sachlage nicht nichtig.

III. Wie aber nicht immer die Entstehung der beiden Obligationen zusammenfällt, so geht, und dies ist nicht weniger wichtig, die Uebernahme der Verpflichtung mit dem Erwerb der Berechtigung nicht durchgängig Hand in Hand. Dies wäre nothwendig, wenn beide Obligationen eine Einheit bildeten.

Es verhält sich in der That so beim Erwerb einer Erb-

1) Fr. cit. 84 §. 1 D. de contr. omt. 18, 1. —

2) Cfr. fr. 70 D. de contr. omt. §. 5. J. de a. empti 3, 24. fr. 39, §. 3 D. de evictione 21, 2.

schaft. Wenn der Hausvater durch einen Sklaven oder einen Sohn der sich in seiner Gewalt befand, Erbe wurde, so war er direkt und unmittelbar auch für die auf der Erbschaft haftenden Schulden tenent¹⁾; gerade deswegen konnte der Antritt auch nicht ohne seine Autorisation geschehen. Ganz anders gestaltete sich die Sache, wenn die Gewaltuntergebenen einen zweiseitigen Contract abschlossen; der Vertrag war ohne Genehmigung gültig, die Forderung aus demselben ging auf den Herrn über, verpflichtet wurde er aber direkt nicht; er war aus einer solchen Verbindlichkeit wie aus anderen Schulden des Sklaven nur durch die prätorischen Klagen bis auf den Betrag des *Petulium* u. s. f. tenent²⁾.

IV. Aus der juristischen Sonderung des einen Rechtsverhältnisses in zwei gegenseitige Obligationsverhältnisse erklären sich auch erst die Grundsätze des römischen Rechts über den Fortbestand der Berechtigung von der einen Seite, falls das entsprechende Gegenrecht von der anderen Seite aufgehoben wurde.

So können namentlich die Regeln, welche über die Gefahr beim Kaufvertrage aufgestellt wurden, nur als Konsequenzen der Trennung der Gegenansprüche betrachtet werden. Wenn der verkaufte Gegenstand vor der Tradition unterging, so ist die Erfüllung des zweiseitigen Geschäfts im ursprünglichen Sinne durchaus unmöglich geworden; hätte man das Rechtsverhältnis als ein Ganzes betrachtet, so hätte man also dieser Unmöglichkeit halber den Käufer wie den Verkäufer

1) Fr. 6. D. de acq. vol. om. hereditate 29, 2. —

2) Später hat man ausnahmsweise bei einzelnen Contracten gegen die Klage des Herrn Compensation mit den vollen Gegenforderungen zugelassen fr. 9 pr. D. de compensat., das bestätigt aber nur das Prinzip.

als befreit ansehen müssen. Diese Betrachtungsweise ist uns natürlicher und sie ist es wohl auch, welche solang den Einblick in die römische Theorie, die vom entgegengesetzten Standpunkte ausgeht, verdunkelte ¹⁾. Diese aber sondert den Kauf und den Verkauf von einander und verpflichtet den Käufer seinem Versprechen nachzukommen, wenn er auch vom Verkäufer nichts erhielt ²⁾. Eben weil diese Regel nur eine Consequenz aus der römischen Auffassung der zweiseitigen Verträge ist, ist sie allgemein anwendbar; die abweichende Entscheidung bei der Miethe erklärt sich aus der Eigenthümlichkeit dieser Obligation, bei welcher immer ein ratueller Theil des Miethlohns als Aequivalent für die Einräumung der Sache während einer entsprechenden bestimmten Zeit betrachtet wird und die Sache vor Fälligwerden des Lohns zu prästiren ist ³⁾.

Die entgegengesetzte Auffassung wird freilich wieder in der neuesten Zeit von Friedrich Mommsen ⁴⁾ vertheidigt. Er

1) Daher bestimmt das preussische Landrecht Erster Theil, erster Titel §. 95: „So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht gegeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen abgeschlossen, oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last.“ Von denselben Grundsätzen geht das österreichische Gesetzbuch aus, §. 1049—1052 und §. 1064. Der Codo civil art. 1647 verordnet freilich das Gegentheil, aber nur deswegen, weil nach französischem Recht durch den Kauf direct Eigenthum auf den Käufer übergeht; wohl auch bei Mobilien, obgleich dies bestritten ist. — Dagegen erklärt sich das Recht der Resolutionsklage, welches dem Verkäufer zusteht, wenn der Käufer nicht zahlt (art. 1184), gerade aus der modernen Auffassung von der Einheit der Obligation.

2) Fr. 5 §. 2 D. de resc. vendit 18, 5. fr. 8 pr. D. de periculo 18, 6. fr. 14 fr. 15. D. de jure dot. 23, 3 u. s. f. Vgl. Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv Bd. 15 bes. S. 188. u. fgnbe. Friedrich Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse 1853 S. 346 u. fgnbe.

3) Puchta, Pandekten §. 302. not. f. Bangerow III. S. 217.

4) Mommsen S. 348.

steht ein, daß die Regel über den Uebergang der Gefahr auf den Käufer in Widerspruch mit dem Dogma stehe, daß Gegenansprüche aus einem Vertrage nur eine Obligation bilden; statt aber eben darum diese Abstraktion zu verwerfen, die sich doch nur dann rechtfertigen ließe, wenn sie mit den einzelnen Entscheidungen der Quellen übereinstimmte, erklärt er umgekehrt unsere Regel für eine Singularität, und will sie aus einer „Fiktion der Erfüllung“ herleiten. Er behauptet, weil beim Kauf regelmäßig sofortige Erfüllung zu leisten sei, habe man, falls die Erfüllung nicht sogleich erfolgte, dies als etwas Zufälliges betrachtet, und angenommen, es treten in Ansehung des periculum und commodum dieselben Grundsätze ein, wie wenn die Obligation sogleich erfüllt wäre.

Wir könnten aber nur dann glaublich finden, daß unsere Regel eine Singularität und nicht allen zweiseitigen Verträgen gemeinsam sei, wenn sie aus der besonderen Natur des Kaufvertrags gerechtfertigt werden könnte; das hat Mommsen nicht gethan und konnte es nicht thun; wir könnten die Annahme einer „Fiktion“ höchstens dann zulassen, wenn uns Grund und Zweck der Fiktion klar gemacht würde; was Mommsen zu diesem Behuf anführt, ist aber nicht dazu dienlich. Aus dem Satz, daß der Verkäufer sofort beim Kauf zu leisten habe, während dies bei anderen Obligationen nicht der Fall sei, könnte man höchstens die Consequenz ziehen, daß der Käufer nur um so eher von der Verbindlichkeit zur Leistung befreit werde, falls der Verkäufer nicht sofort lieferte und die Erfüllung später unmöglich wurde; wie man aber durch jenen Satz dazu bewogen sein soll dem Käufer, im Falle der Verkäufer später nicht liefern konnte, eine Leistung aufzulegen, die er nach gemeinem Recht nicht zu machen hätte, ist unbegreiflich. Dieser

neue Erklärungsversuch ist demnach völlig misslungen und beweist nur aufs neue, daß uns die Grundsätze des römischen Obligationsrechts immer unverständlich bleiben, so lange wir jene Ansicht von der Einheit der mehreren Obligationen aus einem Geschäft nicht aufgeben.

Aber auch durch den Willen der Partheien konnte ohne Anstand das eine der wechselseitigen Obligationsverhältnisse aufgehoben werden, ohne daß dies auf das Fortbestehen des anderen von Einfluß war. Besonders beim Miethvertrage wird uns dies öfter und mit Nachdruck hervorgehoben, nicht etwa deswegen weil hier etwas Besonderes galt, sondern weil bei der Mieth, wie wir schon bemerkten, der Preis und die Prästation in einem besonders engen Verhältniß stehen, so daß die Sache gerade hier zweifelhaft scheinen konnte.

Fr. 56 D. de pactis 2, 14 Julianus. Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret et justa causa conventionis fuit, nihilominus colonus a domino petere potest¹⁾.

Dagegen findet sich allerdings in den Quellen auch der Satz²⁾ ausgesprochen, daß durch eine Acceptilation über die Forderung des einen Theils aus einem zweiseitigen Geschäft beide Partheien befreit würden und darauf beruft man sich nicht selten um nachzuweisen, daß die Römer nur eine Obligation aus dem Geschäft angenommen hätten³⁾. Allein dies wäre nur dann beweiskräftig, wenn die römischen Juristen jenen Satz wirklich als eine Consequenz aus der Natur zweiseitiger

1) Vergl. fr. 24 §. 5 D. locati 19, 2. — fr. 16. fr. 19 D. de liberat. legata 34, 3. —

2) Fr. 23 D. de acceptilatione 46, 4. —

3) J. B. Mommsen loc. cit. S. 348, Anm. 16.

Verträge betrachtet hätten. Dem ist aber nicht so; er beruht vielmehr wie uns Julian ¹⁾ ausdrücklich bezeugt, auf der aus dem Leben genommenen Präsuntion, daß beide Theile in solchem Fall wechselseitig über den Nachlaß übereingekommen seien, immer vorbehaltlich des Beweises der Gegenabsicht; daher läßt sich daraus zur Unterstützung jener Ansicht von der Einheit der Obligationen durchaus nichts abnehmen.

Ebenso wenig läßt sich etwas daraus gegen die Selbstständigkeit der beiderseitigen Obligationen argumentiren, daß in speziellen Fällen aus besonderen Gründen zuweilen ausnahmsweise der Untergang der einen Obligation den der anderen nach sich zieht. So soll in dem exorbitanten Fall, wo dem Käufer durch ein Willkührgesetz (*novae tabulae*) Erlass des Kaufpreises bewilligt war, der Verkäufer nicht zur Erfüllung des Kaufs gezwungen werden ²⁾. Da sprachen zu gewaltige Gründe eines höheren Rechts gegen die gemeine Regel, wonach der Verkäufer *ex fide bona* verpflichtet ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

V. Den konkretesten Beweis, daß die Römer gegenseitige Obligationen aus einem Rechtsgeschäft von Anfang an im Ganzen und Großen als zwei selbstständige Rechtsindividuen betrachtet haben, gibt uns aber die Klagformel, in welcher sich

1) Fr. 5 pr. D. de rescindenda venditione 16, 5. Julianus. Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discodatur, ac si convenisset, ut *neuter* ab altero quidquam peteret, sed — ut evidentius apparet — *acceptilatio* in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet.

2) Fr. 50 D. de act. emti vend. 19, 1. Labeo libro IV. Posteriorum. Bona fides non patitur, ut quum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur venditor tradere compelleretur, et re sua careret; u. s. w. Brgl. Cujacius obs. XI, 40. Bangerow I, §. 133.

ja die Rechtsauffassung am treuesten und unmittelbarsten spiegelt. Sie wies den Richter nicht an, das Rechtsverhältniß zwischen den Partheien zu untersuchen und abzuwägen, was sie sich einander gegenseitig schuldeten; sie handelte ausschließlich von der Schuld des einen Theils. Schon Cicero de off. III, 16 theilt uns mit, daß der Kläger die intentio der Kaufklage faßte, quidquid „sibi“ dare facere oporteret ex fide bona; Gajus (IV, 13) belehrt uns, daß die Formel des Agerius lautete: quidquid ob eam rem „Numerium Negidium“ „Aulo Agerio“ dare facere oportet; sie war also nicht etwa regelmäßig concipirt, quidquid alteram alteri d. f. o.

Die Worte selbst besagen es also, daß jede Parthei unabhängig von der andern ihren Anspruch verfolgen kann. Und darum sind auch für beide besondere Rechtsmittel proponirt, seien es eigene Contraktsklagen oder actiones contrariae.

Liebe ¹⁾ freilich behauptet, die gewöhnliche Vorstellung, als entstünden aus einem zweiseitigen Geschäfte zwei Klagen, sei eine irrige; denn da das eine Geschäft selbst den Gegenstand des Iudiciums bilde, so könnten nicht zwei verschiedene actiones angenommen werden, das führe schon zu einem Auseinanderreißen, zu einer Störung der Einheit; es habe also namentlich für den Kauf nur ein Iudicium bestanden. Allein auch diese Behauptung ist offenbar unrichtig ²⁾. Je konsequenter aber diese Irrthümer aus der aufgestellten Prämisse fließen, um so mehr sind wir berechtigt, dieselbe, als dem römischen System fremd, zu verwerfen.

1) Stipulation S. 251.

2) Vergl. statt vieler Stellen das oben S. 71 abgedruckte pr. J. de auct. tut. 1, 21.

Daran kann uns auch die Existenz der s. g. *exceptio non adimpleti contractus* nicht irre machen. Es ist gar nicht zu bezweifeln, daß sie nach römischem Rechte eine wahre *exceptio* war ¹⁾. Ja es erschien sogar als rätlich, daß sie der Formel der Kaufklage besonders eingefügt werde, falls sich der Beklagte vor dem Richter auf die Nichtleistung des Gegners berufen wollte; die Formel, die uns Gajus (IV, 126) von dieser *Exception* mittheilt, — *si ei res, quam emeret, tradita esset*; — wurde offenbar der Kaufklage selbst opponirt ²⁾; Antoninus (c. 5 C. de evict. 8, 45) rescribirt ausdrücklich, daß eine Gegenleistung durch Retention des Kaufpreises dann erzwungen werden könne, wenn der Kaufklage eine *exceptio* zugefügt sei, *si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris*.

Die Anweisung, eine *exceptio* vorzuschützen, beweist aber auf das bestimmteste, daß man die Forderung eines Jeden der beiden Contrahenten an und für sich noch vor der Erfüllung von seiner Seite als nach „*bona fides*“ erigibel und klagbar

1) Widersprochen wird dem freilich wieder von Mommsen loc. cit. Nachtrag S. 420 — und es ist bekannt, wie zahlreich in den vorigen Jahrzehnten Abhandlungen erschienen, welche die Vertheidigung der entgegengesetzten Behauptung zum Gegenstand haben. Vergl. darüber Puchta, Pand. §. 232, not. e. Vorl. ibidem. Wie die Sache nach der modernen Anschauung zu construiren wäre, ist eine Frage, auf die wir hier nicht eingehen können.

2) Die Formel der *Exception* in fr. 25. D. act. emti 19, 1. *Si ea pecunia q. d. a. non pro ea re petitur quae venit, neque tradita est, bezog sich offenbar auf eine angestellte a. certae pecuniae*; ebenso gewiß ist es aber auch, daß sich die von Gajus angeführte *Exception*, welche ihre Voraussetzung aus der *demonstratio* der *actio venditi* nimmt, auf diese bezog, und nicht wie u. A. Puchta (Inst. II. §. 170 n. t.) behauptet auf eine *condictio*; cfr. die *exc. doli* in fr. 42 D. 19, 1. S. 85 Anm.

ansah; es hätte sonst keiner Exception, sondern nur einer Rüge des Beklagten in *judicio* bedurft, um sie zurückzuweisen; sie beweist ferner ebenso stringent, daß unser Rechtsfaß erst später in die Theorie der *bonae fidei judicia* hineingetragen wurde, sich aber mit nichts unmittelbar aus deren Grundprinzip entwickelte.

Dabei mag folgender Gedanke geleitet haben. Wenn es auch feststand, daß *bona fides* Jedem der beiden Theile gestattete, seine Forderung getrennt zu verfolgen, so war es doch beim Kauf natürliche Regel, daß beide Forderungen, die gleich unbedingt und unbetagt waren, die einem Akt ihre Entstehung verdankten, Zug um Zug erfüllt wurden; daher mußte es auffallend erscheinen, wenn der eine Contrahent — ohne daß Credit gegeben war, auf Erfüllung bestand und sich doch der Gegenleistung, die der Beklagte forderte, weigerte; es mußte der natürliche Verdacht entstehen, daß der Kläger nur den Vortheil aus dem Contract wegnehmen, sich dagegen seiner Verbindlichkeit entziehen wolle; dieser Gefährdung des Beklagten glaubte man um so mehr entgegenzutreten zu müssen, als später eine Resolutionsklage wegen Nichterfüllung von der Gegenseite — ohne *lex commissoria* — nicht vorhanden war.

Und da bestand dann wieder der natürlichste Schutz für den Beklagten, daß man ihm gestattete, seine Leistung zurückzuhalten, bis er der Leistung des Gegners versichert war; er erhielt das Recht, dieselbe des Gegenvertrags wegen „*jure pignoris*“¹⁾ zu retiniren, obgleich nicht geläugnet werden konnte, daß er zum *dare facere ex fide bona* zunächst aus seinem Vertrage verpflichtet wäre.

1) Fr. 31 §. 8 D. de *aedilit. ed. 21*, 1: *pignoris loco retinet. fr. 13 §. 8 u. 9 D. act. emti 19*, 1. — fr. 14 §. 1 D. de *furtis 47*, 2.

Wir haben es also bei diesem Rechtsmittel mit einer Reaction des Lebens gegen die zu schroffe Sonderung der gegenseitigen Obligationsverhältnisse zu thun, nicht mit einer Consequenz aus deren juristischer Einheit.

§. 9.

Entwicklung der Compensation bei bonae fidei contractus.

Wir haben bisher nachgewiesen, daß die Römer im bonae fidei negotium zwei Geschäfte sahen und daß ihnen daher Berücksichtigung von Gegenforderungen im Prozeß und Zulässigkeit der Compensation nicht mit innerer Nothwendigkeit aus dessen Wesen folgte; wir glauben aber noch weiter gehen zu können und annehmen zu dürfen, daß bei bonae fidei judiciis in einer früheren Zeit Statthaftigkeit der Compensation wirklich gar nicht anerkannt war.

Es scheint uns nicht glaublich, und dem Charakter der einzelnen Züge, welche uns von der Rechtsbildung der bonae fidei negotia überliefert sind, nicht angemessen, daß man das dare facere oportere ex fide bona des Beklagten von Anfang an durch ein Abwägen aller äußeren und inneren Umstände normirt habe¹⁾. Man begnügte sich vielmehr anfänglich mit einer einfachen Durchschnittsregel; man nahm an, die bona fides fordere, daß der Beklagte sein gegebenes Versprechen halte, das begonnene Geschäft ausführe, mit einem Wort gerade die übernommene Verpflichtung erfülle. Nur dadurch unterschieden sich also die bonae fidei ursprünglich von den str. juris jud., daß dort auf das einmal gesprochene Wort, hier auf den

1) Dieser Auffassung: Keller, röm. Civilprozeß S. 71.

erklärten Willen¹⁾ gesehen wurde. In diesem Stadium der Entwicklung war Compensation nicht zulässig.

Dabei ist man aber nicht stehen geblieben; es zeigten sich Fälle, in denen jene Regel der bona fides, jenes jus perpetuum (wie es Paulus fr. 42 de act. emti 49, 4 nennt) nicht ausreichte, man suchte seine Ecken und Härten abzuschleifen; andere Umstände drängten sich in den Bereich der richterlichen Cognition. Man erweiterte zunächst die Verpflichtung des Beklagten, man begnügte sich nicht mit der Erfüllung dessen, was er ausdrücklich oder stillschweigend versprochen hatte, sondern forderte noch gar Manches von ihm, was ihm als honnettem Manne obzuliegen schien; so bestimmte schon der Vater des jüngeren Cato, daß der Verkäufer für die geheim gehaltenen Mängel der verkauften Sache einstehen müsse, so nahm man später das ädilitische Edikt auf, wodurch er selbst für die nicht gekannten Fehler verhaftet wurde u. s. f.²⁾ Man ging noch weiter, man entband den Beklagten vom Halten seines Versprechens, wenn es dem Rechtsgefühl widersprach, ihn zur Erfüllung zu zwingen. Die Spitze dieser Entwicklung bezeichnet die Zulässigkeit der Resolutio wegen *caso enormis*. — Freilich konnte sich jede Neuerung nur allmählig unter dem Kampfe der Partheien und Juristen Bahn brechen, und es bedurfte in der That römischer Vorsicht, Consequenz und juristischer Begabung, um auf solchem Wege das Richtige zu treffen, ohne sich in's

1) Cfr. fr. 23 De divers. reg. juris — hoc servabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit: der Zusatz, den Ulpian macht, ist schon späteren Ursprungs: *excepto eo, quod „Celsus“ putat non valere, si convenerit ne dolus praestetur.* — Fr. 11 §. 1 De act. emti 19, 1 u. s. f.

2) Vergl. Cic. de off. III. cap. 16. 65 u. 66. —

Ungemeffene zu verlieren. Dennoch hieltete sich auf diese Weise nach und nach jene Fülle von Rechtsregeln, die in den Schriften der klassischen Juristen niedergelegt sind, wodurch mehr und mehr allen Anforderungen freier Billigkeit bei jud. ex fide bona Rechnung getragen wurde ¹⁾. — Zu den Rechtsfägen, welche sich bei diesem allgemeinen Uebergange von der einen Theorie zur

1) Diese Behauptungen sind freilich Abstraktionen, die ihre vollständige Rechtfertigung nur in der Gesamtgeschichte des römischen Obligationenrechts finden könnten; doch mag zur Begründung und Veranschaulichung hier eines der interessantesten Beispiele der ange deuteten Entwicklung stehen, in welchem von einer eigenthümlichen Compensation eines „Vorthells“ mit einem „erlittenen Schaden“ die Rede ist. Paulus libro 2 quaestionum fr. 42 D. de act. emti vend. 19, 1. Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronunciauerit et ita utrumque uno pretio tradiderit et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum centum jugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, si in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint et de his ita apud Labeonem relatum est. Labeo ist noch der Ansicht, daß der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber, welcher Entschädigung für das Weniger forderete, auf das beim anderen Grundstück geleistete Mehr nicht berufen könne; die bona fides verpflichtet ihn zum Halten seines Versprechens, die actio ex emto nöthigt ihn zur Entschädigung, andere Momente kommen nicht in Betracht. Eine andere Auffassung hat Paulus; er fühlt, daß dem Verkäufer auf alle Fälle geholfen werden muß. — Sed „an exceptio doli mali“ venditori profutura sit, potest dubitari; utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quam repromissum est, an non facit „dolo“ qui „jure perpetuo“ utitur? nec enim hic compendium venditoris sed ad emptoris pertinet et tunc tenetur venditor, quum minor modus inveniatur. Paulus wirft zuerst die Frage auf, ob sich der Verkäufer trotz des jus perpetuum der bona fides nicht einer exceptio doli bedienen könne, da allerdings der strengen Regel nach das gefundene Mehr nur zum Vorthell des Käufers sei und der Verkäufer doch für das Weniger einstehen müsse. Allein dies genügt ihm nicht, er geht noch weiter. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniatur in vinea quam in prato.“ Im Ganzen genommen kann sich doch der Käufer in keiner Weise beschweren und ein

anderen feststellen, gehört auch die Anerkennung der Compensation. Ihre Zulassung ist also keine einzelne und isolirte Ersetzung, sondern ein Glied einer großen Kette; aber freilich hatte sie mit ganz eigenthümlichen Schwierigkeiten zu kämpfen.

Wenn der Kläger aus einem zweiseitigen Geschäfte Anerkennung seines Anspruchs und Condemnation verlangte, der Beklagte aber seine Gegenforderung aus demselben Geschäfte gegenüberstellte, Beweise für dieselbe beibrachte, Abrechnung und Ausgleichung der beiderseitigen Rechte forderte, so war das allerdings ein vernünftiges und nicht unbilliges Verlangen, das in dem Gebrauch des Verkehrs, in der Abrechnung durch Partheiconvention, die immer häufiger wurde, theilweise seine Rechtfertigung fand. Dennoch mußte es aber nach der Anschauungsweise der Römer, nach der konkreten Fassung der Formel, sehr fraglich erscheinen, ob der Richter in dieser Sache eingreifen könne und ob dieselbe nicht in der That ausschließlich der Verständigung unter den Partheien zu überlassen sei. — Es war ihm aufgegeben zu prüfen, was recht sei — oportet — daß Nu=

ausgebildeteres Billigkeitsgefühl spricht dafür ihn von der *a. emti* freizusprechen, ihn überhaupt nicht mehr *ex fido bona* haften zu lassen. *Similis quaestio in eo esse potest — si quis duos statuliberos uno pretio vendat et dicat unum decem dare jussum, qui quindecim dare debebat, nam et hic tenebitur ex emto actione, quamvis emtor a duobus viginti accepturus sit.* Der Verkäufer hatte versprochen, daß Jeder von zwei statuliberi 10 gebe, der eine gibt nur 5, der andere 15; nach der Regel der *bona fides* ist er zur Entschädigung wegen des Wenigerliefernden mit der *actio emti* gezwungen. Paulus aber faßt die Sache freier auf und entscheidet. Sed rectius est, in omnibus suprascriptis casibus *lucrum cum damno compensari* et si quid (noch außerdem) *deest emtori sivo pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri.* Wir sehen hier so recht, wie man ursprünglich auch im *bonae fidei iud.* nur auf das achtete, was gerade in der Obligation lag und erst später andere Umstände berücksichtigte.

merius Regidius dem Aulus Agerius leiste. — Diese Verbindlichkeit hatte freilich ihre Grenze, wie ihre Quelle in der *fides bona*. — Wenn aber auch das Verlangen der Abrechnung von Seiten des Beklagten nicht unbillig schien, — so war doch davon noch weit bis zur Annahme, daß der Beklagte nach Treue und Glauben um so viel weniger schuldig sei (*dare facere oportet*), als seine Gegenforderung betrug und nichts minderes als dies mußte der Richter auf Eid und Gewissen nehmen.

Darin lag aber nicht einmal die Hauptschwierigkeit. Der Richter war von den Partheien zur Entscheidung des einen Rechtsstreits gewählt, für die eine Sache hatte ihm der Prätor die Macht zu absolviren und zu condemniren gegeben. Darüber griff er hinaus, wenn er nun auf einseitigen Antrag des Beklagten eine Gegenforderung seiner Cognition unterwarf und sie zur Compensation benutzte. Die Wiedererklärung der vom Kläger eingeklagten Forderung ist nach dem Ausspruch der Sentenz für immer unmöglich geworden; der Beklagte aber konnte die Forderung, auf die er sich berufen hatte, die ihm der Richter abgeschätzt und abgezogen hatte, noch einmal durch Klageanstellung zur Entscheidung bringen, ohne eine *exceptio rei judicatae* fürchten zu müssen; denn der Richter war durch keine Formel zum *Judicat* über dieselbe beauftragt worden. Und darin lag noch nicht einmal immer eine entschiedene subjektive *mala fides*. Man denke, der Beklagte fand seine Forderung zu niedrig taxirt, in zu geringem Betrage abgezogen, er hielt sich dadurch für beschwert und verlangte jetzt noch Herausgabe eines Ueberschusses.

Die Praxis hat beide Hindernisse überwunden und zwar dadurch, daß sich eben immer allgemeiner die Ueberzeugung fest-

...leistung verbun-
...gesetzten Forderung
...mehr für compe-
...des Beklagten behufs
...auch der Prätor
...formelle exceptio,
...kompensationserkenn-
...klügelnder Richter
...die Gegenforderung
...Das Beste that die
...ang der richterlichen
...Und wenn auch die
...mit Gegenforder-
...ste auf dem Panier
...reuchtesten Männern
...Cicero's Zeit, in der
...Stelle de officiis III.
...fidei iudicia über-
...ans dünkt, der ganzen
...ibt.
...ene agier *magna*
...pontifex maximus,
...as iis arbitriis, in
...que bonae nomen
...arsari in tutelis so-
...as venditis conduc-
...retur; in his *magni*
...in plerisque essent
...ie praestare oport-

Der Charakter, die Grundlage des *b. f. iudicium* stand also noch zu Cicero's Zeit in Frage; daher war auch noch die Zulässigkeit der Compensation mit Gegenforderungen des Beklagten zweifelhaft. Aber schon *D. Scävola*, der Lehrer Cicero's, war dafür, die Vollmacht des Richters im *b. f. iudicio* im weitesten Sinne aufzufassen (*summam vim esse dicebat*), die *bona fides* so frei als möglich zu interpretiren, alles *Malhonnette* dadurch auszuschließen (*manare latissime*). Und deshalb hielt er es auch für den Beruf eines Richters, der seine Aufgabe würdig erfasse, den Forderungen beider Partheien Rechnung zu tragen. Um so mehr, da es sich hier nur um Vermeidung eines Umwegs handle, indem schon *contraria iudicia* aufgestellt waren und die Gegenforderungen des Beklagten schützten.

Seitdem wurde diese Auffassung des Richterberufs immer allgemeiner; so hat sich *Labeo* bei der Mandatsklage für Zulassung der Abrechnung ausgesprochen, obgleich beim Mandat die Sache ihre Bedenken hat und es für anständiger gelten muß, wenn der Mandatar das für den Mandanten Eingekommene herausgibt, als wenn er seine Auslagen darauf abzieht. Davon berichtet *Ulpian*:

libro 34 ad edictum. fr. 10 §. 9 D. mandati 17, 4 *Idem Labeo ait, et verum est, reputationes quoque hoc iudicium admittere; et sicuti fructus cogitur restituere, is qui procurat, ita sumtum quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet.*

Doch ist merkwürdig, daß sich der alte *Labeo* noch viel unbestimmter ausdrückte, als *Ulpian*, der seine Glossen zufügt. *Ulpian* findet den Richter bereits verpflichtet, auf Abrechnung einzugehen (*deducere oportet*). Compensation ist ein

Recht des Beklagten geworden. *Ex hoc* beschränkte sich auf die Bemerkung, daß nach der Natur der Mandatsklage Abrechnung möglich und zulässig sei (*resp. admittere*); von einer Rechtspflicht des Richters, dieselbe anzuwenden, ist nicht die Rede.

Es mußte immer noch, so lange die Compensation nicht allgemein anerkannt war, von der Persönlichkeit (*Cic. magni esse iudicis*), dem subjektiven Befinden des Richters abhängen, ob er den Beklagten mit seiner Forderung hören wollte; seine Geneigtheit bestimmte sich einestheils nach seiner Auffassung der Rechtstheorie, anderentheils nach der Besonderheit des individuellen Falles, Erweisbarkeit des Gegenanspruchs u. s. f.

Wie nun aber die Anwendung der Compensation immer häufiger wurde, stellte sich die Ansicht mehr und mehr fest, daß der Richter verpflichtet sei, dem Verlangen der Abrechnung mit Gegenforderungen *ex eadem causa* zu entsprechen.

In dieses Stadium war die Sache bereits zu *Gajus* Zeiten getreten; er konnte schon von einem *jus pensationis*¹⁾ sprechen. In seinen Institutionen verschweigt er zwar seine theoretischen Bedenken nicht. Er meint, in den Worten der Formel läge eigentlich keine Autorisation zur Compensation der Gegenforderungen, an und für sich habe der Richter also die klägerische Forderung für voll zuzusprechen. Allein die Volksansicht finde das einmal unbillig und da Billigkeit dem Charakter der *bonae fidei iudicia* entspreche, so halte man den Richter zur Compensation für befugt. Ganz entziffert ist die Handschrift von *Gajus* an dieser Stelle zwar noch nicht, doch kann über den wesentlichen Sinn kein Zweifel sein; wir folgen der Lesart

1) Fr. 18 §. 4 D. commodati 13, 7.

von Heffter ¹⁾, welche sich den erhaltenen Zügen noch am engsten anschließt und keinen fremdartigen und störenden Gedanken hereinträgt.

Gaj. IV, 63. Tamen iudici nullo (modo est injunctum) compensationis rationem habere (neque enim) formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.

Unverkennbar liegt hier eine leise Mißbilligung ausgesprochen;

1) Blume fand im Codex nullum em . . . i nutum, woraus Heffter nullo m ē injunctum herauslas, dann nper . . . m, woraus Heffter neque enim bildete. Gaji comm. IV. Berlin 1827. S. 30. — Nachmann wollte so ergänzen:

Tamen iudici nullam etiam interdum compensationis rationem habere licet, neque enim formulae verbis praecipitur.

Dies ist keinesfalls richtig. Gajus hat bereits im §. 61 festgestellt, daß der Richter im bonae fidei iud. allgemein auf Compensation Rücksicht zu nehmen habe. Nach kurzem Zwischensatz (§. 62) will er nun im §. 63 rechtfertigen, woher dem Richter solche Macht käme. Es wäre schon überflüssig, wenn er hier noch einmal den Satz aufstellte, daß Compensation überhaupt bei bonae fidei iud. platzgreiflich sei, es wäre aber außerdem unrichtig, wenn er ihn jetzt beschränkt und behauptet hätte, die Compensation trete nur zuweilen ein, da zu Gajus Zeit der Richter zu ihrer Anwendung regelmäßig verpflichtet war.

Scheurl, krit. Bemerk. zu Gajus Beitr. S. 271 hat vorgeschlagen zu lesen: tamen iudici nullam licere videtur compensationis rationem habere, nisi ipsis ei verbis formulae praecipitur. Gajus spräche demnach zuvörderst den allgemeinen Grundsatz aus, daß der Richter zur Compensation nur berechtigt sei, wenn sie ihm durch die Worte der Formel gestattet sei und gäbe dann davon eine Ausnahme. Sollte dieser Grundsatz heißen: der Richter müsse durch die Formel implicite Vollmacht zur Compensation erhalten, so verstand er sich zu sehr nach römischer Anschauung von selbst, als daß er breit als Prinzip hervorzuheben war. Sollte er heißen, es müsse dem Richter stets ausdrückliche Vollmacht zur Compensation gegeben werden, so wäre er nicht richtig. Diese Conjectur ist aber auch dem Sprachgebrauche des Gajus nicht angemessen; jedenfalls stimmt sie — das ist doch am Ende entscheidend, nicht im geringsten zu den Zügen der Handschrift.

der Richter hat sich angemacht, über etwas zu sprechen, was ihm zunächst durch die Worte der Formel nicht aufgegeben war und zwar weder explicite noch implicite. Indessen was auch die Anstände des gelehrten Juristen waren, ein wichtiger Fortschritt war gemacht, die Billigkeit der Abrechnung anerkannt, die Brauchbarkeit des römischen Obligationenrechts unendlich gesteigert.

Während sich so das Recht des Beklagten, seine Gegenforderungen aus demselben Geschäft zur Compensation mit den Klägerischen Forderungen zu bringen, nach und nach feststellte, gelangte auch die concurrirende Befugniß, die Leistung aus der Forderung unter bestimmten Umständen bis zur Erfüllung der Gegenforderungen zu retiniren, wenn auch in beschränkterem Umfange, allmählig zur Anerkennung.

Schon Servius Sulpicius hat dies Rechtsmittel gekannt, um ein Verhältniß zu ordnen, das durch Klage schwer zu reguliren war; der Magister navis kann und muß die beim Seesturme geretteten Waaren der *actio ex locato* gegenüber zurückhalten, bis die Eigenthümer der ausgeworfenen Waaren, denen nach den Grundsätzen der *lex Rhodia de jactu* der Schaden *pro rata* ersetzt werden soll, entschädigt sind ¹⁾. Eine directe Klage der Beitragsberechtigten gegen den Beitragspflichtigen ließ das römische Recht nicht zu. — Dann hat man auch sonst die Retention einer Sache häufig zugelassen, um die Erfüllung von Entschädigungsansprüchen zu erzwingen; so beim *Commodat*, dem *Depositum*. Ehe eine *actio contraria* bei diesen Geschäften aufgestellt war, was erst in verhältnißmäßig später Zeit geschah ²⁾, bildete sie das natürlichste

1) Fr. 2 pr. D. de lege Rhodia de jactu 14, 2.

2) Selbst die *a. directa* hat Cicero wahrscheinlich noch nicht gekannt, Cic. de off. III, c. 17; vergl. auch Gans, Obligationenrecht S. 109 fignbe.

Mittel zur Realisirung der Gegenansprüche des Commodatars und Depositars. Zu Julian's Zeit hat man dem Rechtsmittel bereits durch Unterordnung unter die Theorie des pignus eine festere Gestalt gegeben ¹⁾. Auch die s. g. exc. non adimpleti contractus, das Recht von Käufer und Verkäufer, ihre Leistungen bis zur Erfüllung der Gegenleistung zu retiniren, war damals schon anerkannt.

Daß Compensation und Retention zwei Mittel in der Hand des Beklagten bilden, die im Ganzen ihren Voraussetzungen nach verwandt, ihrem Zwecke nach verschieden sind, ist klar. Die Compensation soll zur Entkräftung und Aufhebung der beiderseitigen Forderungen führen, die Effectivleistung unnöthig machen. Die Retention soll gerade die effective Erfüllung der Gegenforderungen des Beklagten sichern; sie sistirt deshalb nur einstweilen die Erfüllung der Forderung. Wie sich das aber im Einzelnen gestaltet, wann das eine, wann das andere Rechtsmittel zu wählen ist, wie dem Beklagten bald das eine, bald das andere vortheilhafter sein kann, können wir, wenn wir anders nicht in Wiederholungen verfallen wollen, erst an dem Orte ausführen, wo wir von der inneren Gestaltung der Compensation besonders handeln. Dort werden wir überhaupt erst darstellen können, was von der Theorie der Compensation bei bonae fidei iudiciis, den Erfordernissen der Liquidität, Gleichartigkeit der Spezies u. s. f. im einzelnen zu sagen ist.

1) Cfr. fr. 59 de de furtis 47, 2. Julianus libro 3 ex Minicio, und noch fr. 15 D. eod.; entfernt fr. 20 de D. acq. vel. am. poss. 41, 2.

§. 10.

Compensation bei anderen freien Klagen.

Nachdem die Compensation einmal in *bonae fidei iudiciis* allgemeine Anerkennung gefunden hatte, drang sie nach und nach in alle Rechtsverhältnisse ein, wo man dem Richter nur irgend freie Hand gelassen glaubte; aber jeden weitem Schritt mußte sie sich freilich erkämpfen.

Ein merkwürdiges Beispiel liefert uns die *a. familiae erciscundae*. Sie stammte schon aus den 12 Tafeln, und enthielt demnach den Auftrag an den Richter, dem Gesetze nach zu theilen und zu adjudiciren ¹⁾, war also natürlich nicht auf *bona fides* gestellt. Nach und nach nahm man aber an, das Gesetz verlange eigentlich eine Theilung nach den Grundsätzen freier Billigkeit; so wandte man die Grundsätze freier Klagen auf sie an. Recht festgestellt hat sich dies freilich erst durch Rescripte der Severer, welche sogar den Ansat von Verzugszinsen wegen aufgewendeter Auslagen bei dieser Klage zuließen ²⁾ und dieselbe überhaupt dem damaligen Sprachgebrauch gemäß als *iudicium bonae fidei* bezeichneten ³⁾.

Ihre Formel lautete nach wie vor etwa folgendermaßen:

Quod Semproniana hereditas inter Titium et Sejum communis est q. d. r. a. quantum paret ob eam rem Titio Sejove adjudicari Titiumque Sejo Sejumve Titio condemnari oportere, tantum iudex Titio Sejo adjudicato, tantumque Titium Sejo Sejumve Titio condemnato ⁴⁾.

1) Heffter, comment. ad Gaji. libr. IV. §. 77.

2) Fr. 18 §. 3 D. fam. erc. 10, 2.

3) C. 9 C. fam. erc. 3, 36.

4) Cfr. fr. 27 D. fam. erc. Vergl. Keller, Civilpr. §. 171.

Durch diese Klage sollte das Eigenthum, welches die Erben an den Erbschaftsachen nach ideellen Theilen hatten, in Eigenthum an reellen Theilen verwandelt werden; da nun Jeder der Erben an jeder Erbschaftsache ideelles Mitigenthum hatte, so mußte dies nach der römischen Anschauung durch eine spezielle Theilung einer jeden aufgehoben werden; von jeder war ihm ein Theil zu adjudiciren oder der Gegner in eine dem Werthe des Theils entsprechende Summe zu condemniren. Wollte der Richter behufs besserer Auseinandersetzung dem einen Erben die eine, dem anderen die andere Erbschaftsache zusprechen; so konnte er dies thun, er hatte dann aber beide einander wechselseitig zu condemniren. Dieses Prinzip ist schon merkwürdig genug und liegt unserer Anschauung fremd ¹⁾; noch bemerkenswerther ist es aber, daß es noch zu Julian's Zeit fragbar war, ob der Richter, der nur zur Theilung instruit ist, die wechselseitigen Condemnationssummen compensiren und dann den einen Erben auf den Ueberschuß condemniren könne. fr. 52. §. 2 D. fam. erciscundae 10, 2. Julianus libro 2 ad Ursejum Ferozem.

Arbiter familiae erciscundae inter me et te sumtus, quaedam mihi, quaedam tibi adjudicare volebat, pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat, quaesitum est, an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta eum solum cujus summa excederet, ejus duntaxat summae, quae ita excederet, damnare? Et placuit posse id arbitrum facere.

Die Möglichkeit der Compensation gegenseitiger Condem-

1) Wie man in neuerer Zeit die Sache anders auffaßt, darüber vergl. Code civil art. 883.

nationssummen wird in Frage gestellt und Julian antwortet nicht einfach, sie verstehe sich ganz von selbst, sondern entscheidet förmlich, daß man darüber übereingekommen sei, sie solle dem arbiter erlaubt sein.

Was zu Julian's Zeit dem Richter kaum gestattet wurde, das sah man später gewiß sogar als dessen Pflicht an. Das wird uns zwar nicht besonders für die Erbschaftsklage bezeugt. Wie aber die Compensationsidee auch bei Klagen dieser Art nach und nach erstarkte, zeigt uns eine Entscheidung von Alexander Sever über die *actio communi dividundo*, die freilich von Haus aus eine freiere Klage zu sein scheint. Der Kaiser rescribirt über das Verfahren bei dieser Theilungsklage und gedenkt dabei als einer ausgemachten Sache auch des Satzes, daß Compensation der wechselseitigen Condemnationssummen stattfinden müsse, falls der arbiter, der mehrere Sachen zugleich zu theilen hat, dem einen Theilhaber die eine, dem anderen die andere Sache zuweisen will.

C. 3 C. comm. dividundo 3, 37. Imp. Alexander A. Verecundiano. — Cum regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest vel ex pluribus singuli: aestimatione justa facta unicuique sociorum adjudicantur *compensatione pretii invicem facta* eoque, cui res majoris pretii obvenit, *caeteris condemnato*.

Nicht minder merkwürdig ist, was uns von einem Ausspruch Julian's über Compensation bei prätorischen Stipulationen berichtet wird. Sie soll hier in doppelter Weise Anwendung finden können, einmal so, daß man von vornherein bei Abfassung der Stipulation Rücksicht auf die Gegenforderung nimmt, dann noch bei der *actio ex stipulatu*.

Ulpianus libro 63 ad edictum. fr. 10 §. 3 D. de compensat.

In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, id est praetoriis, compensatio locum habet; et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio.

Die Art, wie Ulpian diese Notiz gibt, ist wohl zu beachten. Das steht ihm ganz fest, daß bei solchen Rechtsverhältnissen Compensation stattfindet; er ändert aber den Ton, indem er hinzufügt, er habe bei Julian gefunden, daß nicht nur in der actio ex stipulatu, sondern auch bei der Stipulation selbst Compensation vorgeschützt werden könne; er drückt sich darüber zweifelnd aus (secundum Julianum poterit) und nimmt offenbar Anstand an der Notiz.

Dieser Anstand ist wohl gegründet. Prätorische Stipulationen, quae instar actionum habent, wie die cautio damni infecti, ratam rem haberi, rem pupilli salvam fore, de legatis u. s. f. *) begründen sämtlich keinen gegenwärtigen, gewissen Anspruch, sondern nur eine eventuelle Forderung; durch ihren Abschluß soll wo möglich gerade der Eintritt des Ereignisses verhindert werden, wodurch sie kommittirt werden könnten. Da ist es doch sehr auffallend, daß man dieser noch eventuellen Forderung bereits Compensation entgegenstellte.

Uns dünkt, dies lasse sich nur aus dem Rechtszustand einer Zeit erklären, in welcher Zulassung der Compensation noch nicht allgemein anerkannt war. Da hielt es der Promittent für notwendig oder wenigstens für sicherer, sich sofort bei der Abfas-

*) Fr. 1 §. 2 D. de stip. praetoriis 46, 5. Keller, röm. Civilproceß S. 323.

fung der Stipulation das eventuelle Recht der Compensation zu wahren; damals glaubte der Procurator, welcher eine *cautio ratam rem haberi* leistete und jetzt schon vorsichtig überlegte, wie er im Fall einer Committirung mit einer Gegenforderung kompensiren wolle, ließ ausdrücklich in die Stipulation hineinsetzen zu müssen, damit ihm dies Recht später in keiner Weise verkümmert werde. Seit es feststand, daß auch ohne diesen Vorbehalt Compensation in der Klage zugelassen werde, wurde er unpraktisch, aber er fiel doch bei der römischen Vorsicht und Bedächtigkeit erst allmählich weg. —

Daß man aber schon zur Zeit Julian's bei Klagen aus prätorischen Stipulationen Compensation allgemein anerkannte, erklärt sich daraus, daß diese regelmäßig von vornherein die *doli clausula* enthielten oder daß dieselbe wenigstens stets supplirt wurde ¹⁾. Es wurde daher aus ihnen mit einer *bonae fidei actio* geklagt, deren Formel lautete: *quidquid N^m N^m Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* ²⁾; daran schloß sich die Zulassung der Compensation ganz natürlich an.

Aber freilich hat man dadurch bereits die Schranke der *eadem causa* überschritten und anerkannt, daß *bona fides* auch Abrechnung von nicht verwandten Gegenforderungen verlange.

1) Vergl. Savigny, System Bb. 5, S. 500. Keller, Civilprozeß S. 322 u. fgnde.

2) Vergl. *lex Rubria* c. 20 v. 26, 27.

Drittes Kapitel.

Abzugsrechte bei der Dotalklage.

§. 11.

Charakter der Dotalklage.

Noch ehe sich bei den bonae fidei judicia die Berücksichtigung der Gegenforderungen als Grundsatz festgestellt hatte, fand in einem verwandten Gebiete, bei der Dotalklage, ein ganz besonderes System von Abzugsrechten zur Befriedigung von Gegenansprüchen des Beklagten (*retentiones ex dote*) Anerkennung.

Freilich lassen sich die eigenthümlichen Gestaltungen, die uns hier entgegentreten, unter den Begriff der Compensation, einer Ausgleichung gegenseitiger Rechte auf eine gleichartige Leistung nicht fassen; wir würden ihnen Gewalt anthun, wenn wir sie unter denselben zu pressen suchten; aber sie sind doch der Compensation in hohem Grade verwandt, bald mehr, bald weniger, ja mitunter laufen sie mit ihr zusammen. Selbst die Verschiedenheiten sind belehrend für die richtige Auffassung der Compensationslehre. Und schon deswegen müssen wir

diese Retentionsrechte kennen lernen, weil wir nur so im Stande sind, Irrthümer zurückzuweisen, wonach Bestimmungen, die nur von den Verhältnissen des Dotalrechts handeln, als Grundsätze über die Theorie der Compensation aufgefaßt werden. So gebieten uns die verschiedenartigsten Rücksichten, die retentiones der Dotalklage in den Kreis unserer Besprechung aufzunehmen, und wenn dadurch auch der Gang der Entwicklung eine Zeitlang unterbrochen scheint, so haben wir dagegen den Vortheil, daß wir hernach desto sicherer, mit um so freierem Blicke vorwärts schreiten können.

Die frühzeitige Berücksichtigung von Gegenansprüchen bei der Dotalklage hatte aber ihren nächsten Grund in der besonderen Auffassung der Dotalverhältnisse überhaupt, die uns schon sogleich äußerlich entgegentritt in der Formel der *actio rei uxoriae*.

Gleich der Kauf- und Verkaufsklage, war diese *actio* eine freie Klage, ein *arbitrium*; sie gehörte aber deswegen nicht zu den *b. f. judicia* im engeren Sinne ¹⁾; sie findet sich nicht in dem Verzeichniß dieser Klagen von *Scävola* und *Gajus*, und wenn sie später *Papinian* und *Ulpian* zu den *b. f. judicia* gerechnet haben, so geschah dies in der weiteren Bedeutung, in welcher der Ausdruck zur Zeit dieser Juristen ganz allgemein freie Klagen bezeichnete ²⁾. Ausdrücklich bezeugt *Cicero* ³⁾, daß in der Formel der *actio rei uxoriae* die Phrase *ex fide bona* nicht vorkomme, daß vielmehr die Worte *quod aequius melius* an deren Stelle standen; in dieser Fas-

1) Siehe §. 61.

2) Fr. 21 D. sol. matrimonio 24, 3. fr. 36 D. de peculio 15, 1. §. 29. J. de act. 4, 6. siehe §. 61. A. A. Savigny, System Bd. 5. S. 491.

3) Cic. Topica c. 17, 66. — de off. lib. III. c. 15, 61.

sung finden die römischen Juristen älterer und neuerer Zeit ¹⁾ das Charakteristische unserer Klage; Gajus ²⁾ nennt sie deshalb eine *actio in bonum et aequum concepta*; sie hatte ihren Platz in der *intentio* und mit zweckgemäßer Einleitung möchte sich die Formel ungefähr so konstruiren lassen ³⁾: J. E. Sempronius de re uxoria Ageriae reddenda, q. d. r. a. quantum paret aequius melius esse N^m N^m Ageriae dare repromittereve oportere iudex N^m N^m Ageriae condemna s. n. p. a.

Diese besondere Formulirung erklärt sich wieder aus der eigenthümlichen Entwicklung und der besonderen Grundauffassung unseres Verhältnisses.

In früherer Zeit war den Römern, wie Gellius ⁴⁾ nach dem Zeugniß von Servius Sulpicius berichtet, eine Dotalklage überhaupt unbekannt; es war dem Geiste des alten Eherechts angemessen, daß bei der Ehe mit manus dem Mann das ganze Vermögen der Frau für immer anheimfiel und daß auch bei der Ehe sine manu das Eingebachte ein Theil seines Vermögens blieb. Scheidungen waren verpönt, auch nach dem Tode des Mannes wurde der Uebergang zu einer zweiten Ehe nicht gerne gesehen ⁵⁾; die Frau blieb bei dessen Familie. Die

1) Noch Ulpian spielt auf diese Formel häufig an, z. B. fr. 14 §. 1 D. sol matr. 24, 3. fr. 7 D. de juro dotium 23, 3; ebenso Paulus fr. 70 D. de jure dotium; sie muß also zu ihrer Zeit noch unverändert gewesen sein. Vergl. S. 61 Anm. 1.

2) Fr. 8 D. de capite minutis, 4, 5.

3) Cfr. Cic. pro Roscio, Comoedo c. IV. 11.

4) Gellius IV., 3. Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam, nullas rei uxoriae neque cautiones in urbe Romana aut in Latia fuisse. quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimonii divertentibus.

5) Valerius Max. lib. II. cap. I, 3. Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts Bd. 1 S. 645, Anm. 1.

demokratischen Ideen aber, welche im sechsten Jahrhundert zur Geltung kamen, übten auch auf das Familienleben ihren ägenden Einfluß; die Scheidungen wurden immer häufiger; zweite und dritte Ehen waren nichts seltenes. Seitdem machte sich das Bedürfnis geltend, der Frau Rückgabe der dos zu sichern.

Manche ¹⁾ sind freilich der Ansicht, daß es einer besonderen Vorkehrung zu diesem Zweck auch dann nicht bedurft hätte, wenn sich die Frau nicht im voraus durch Formalvertrag sicher gestellt hätte, daß ihr ohne weiteres nach Auflösung der Ehe eine *condictio sine causa* habe zustehen müssen, welche ihr ausreichenden Schutz gewährte. Allein dem ist nicht so. Das Ereigniß, die *causa*, die bei der Hingabe in's Auge gefaßt wurde, war der Abschluß einer Ehe; zu ihren Kosten erhielt der Mann einen Beitrag; mag sie dann längere oder kürzere Zeit dauern, es ist niemals wahr, daß er die Gabe *sine causa* besitzt ²⁾; der *condictio* würde also das Fundament fehlen. Sie könnte zudem nicht der Frau zu Gute kommen, sondern nur dem Geber der dos, welcher oft eine von der Frau verschiedene Person sein wird.

Freilich konnte sich die Frau darauf berufen, daß die dos dem Manne in ihrem Interesse gegeben sei; daß sie zu ihrem Unterhalt bestimmt war und daß sie ihr darum nicht entzogen

1) Bachofen, ausgewählte Lehren S. 93: „die Stelle der *actio de dote* vertritt die *condictio* und diese ist mit ihr wesentlich gleicher Natur“; es findet sich in Wahrheit im ganzen Rechtsgebiet nichts, was so diametral verschieden ist, — als *condictio* und *a. rei uxoriae*. Vergl. Cic. pro Roscio Comoedo IV., 12.

2) Fr. 1 D. de jure dotium 23, 3. Paulus lib. 14 ad Sabinum. *Dotis causa perpetua est et cum voto ejus, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.* Vergl. Haffke, Güterrecht der Ehegatten S. 210 u. folgende.

werden dürfe; aber einen eigentlich rechtlichen Anspruch konnte sie doch auf diesen Grund nicht stützen. Der Mann tritt überhaupt durch die Annahme der *dos* in kein civilistisches Verhältniß zu ihr; sie kann während der Ehe nach Moral und Sitte entsprechende Alimente aus der *dos* ¹⁾ fordern, durch Klagen kann sie dies nicht erzwingen; es ist ein natürliches Begehren, wenn sie dieselbe nach unverschuldeter Auflösung zu ihrem Unterhalt herausfordert, der Mann ist aber rechtlich zur Restitution nicht verpflichtet.

Gerade weil sie in solchem Falle bringend eines Schutzes bedürftig war, welchen ihr das Recht nicht zu gewähren wußte, gestattete man ihr, die Ernennung eines *arbitrator* zu veranlassen, welcher die Vermögensverhältnisse der ehemaligen Ehegatten so ordnete, wie es nach der gemeinen Volksüberzeugung als billig galt; welcher der Frau ein Recht zu gestalten, eine Befugniß zuzuerkennen und deren Größe zu normiren hatte.

Demnach unterscheidet sich die *Dotalklage* innerlich von den *bonae fidei judicia*, wie sie sich äußerlich in eine verschiedene Formel kleidet. Im *h. f. iudicium* nimmt der Kläger von vornherein ein Recht *ex fide bona* in Anspruch ²⁾ und fordert dessen Anerkennung: *condemnato quidquid d. f. oportet*;

1) Fr. 75. D. de jure dotium 23, 3. — *Mulieri enim constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur.* fr. 21 §. 1 D. de don. 1 v. et u. 24, 1. — *Das* o *fen* loc. cit. §. 90 meint, es läge hier ein Vertrag vor nach dem Schema *do ut facias*; das Eigenthum werde übertragen mit der „Verpflichtung“, die Frau zu erhalten. Er behauptet die *a. civilis praescriptis verbis* auf Erfüllung und die *condictio* auf Rückgabe ständen aus solchen Contracten nur nicht zu, weil dieser Rechtsschutz überflüssig sei.

2) Vergl. §. 63 u. 64.

in der *actio rei uxoriae* kann die Klägerin nicht pothend auf einen bestehenden Anspruch auftreten, sie bittet, daß ihr erst ein Recht geschaffen werde.

Später hat sich diese Verschiedenheit theilweise verwischt; es stellten sich Grundsätze fest, nach denen der Richter die Befugniß der Klägerin zu normiren hatte¹⁾; man glaubte schon vor dem *Judicium* Anspruch auf das zu haben, worauf derselbe später sprechen mußte; dennoch aber hat die ursprüngliche Auffassung unserem Rechtsinstitute Ziel und Entwicklung vorgeschrieben, es hat stets bis zu den Reuerungen Justinian's eine durchaus anomale Stellung eingenommen; die *Dotalforderung* wurde niemals als ein eigentliches Vermögensrecht betrachtet; das Befinden des Richters hatte den weitesten Spielraum und blieb zuletzt immer die höchste Norm. Zur Veranschaulichung wollen wir nur an einige Züge erinnern.

Die Rückforderung war ein rein persönlicher Anspruch der Frau, wer auch immer der Geber war. Selbst wenn sie in der Gewalt stand, wurde er nicht dem Vater erworben wie dies bei einem eigentlichen Rechte unbedingt hätte der Fall sein müssen — sondern war gemeinschaftlich (*patris et filiae dos est*)²⁾; die Zahlung konnte nur beiden zugleich geschehen; und dies war selbst dann der Fall, wenn die *dos* vom Vater her-

1) Im Protokolle, das die *fragm. Vat.* §. 112 (Paulus) mittheilen, beginnt der Kläger mit den Worten: „*quoniam praesto est Fl. Vitus junior, peto (rei uxoriae actione) ab eodem ex legibus et edictis dotem et peculium.*“

2) Der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der *Dotalforderung* wurde aber wieder dem höheren Prinzip nach modificirt, wenn es eben im concreten Falle vernünftig schien, dem Vater die Klage zu geben; wenn die Tochter leichtsinnig, der Vater ein Ehrenmann ist. *fr. 22 §. 6 D. soluto matr. 24, 3.*

kam ¹⁾). Daß der väterliche Ascendent nach dem Tode der Frau die dos, die von ihm ausgegangen war (*profectitia*) mit der *a rei uxoriae* zurückfordern konnte, ist eine spätere Begünstigung, die zwar schon Servius Sulpicius kannte, die aber stets als etwas Singuläres aufgefaßt wurde ²⁾).

Die Dotallage war so persönlich, daß sie selbst den Erben nicht zustand ³⁾ und nur dann auf sie überging, wenn der Mann die Erfüllung *moros* verzögert hatte. Hätte die Frau ein festes Recht gehabt, so hätte es regelmäßig auf die Successoren übertragen werden müssen.

Wie weich und nachgiebig der ganze Anspruch der Frau blieb, zeigt sich auch in Folgendem. Es war Regel, daß alle civilen Rechtsverhältnisse durch *capitis deminutio* gebrochen wurden und untergingen; dieß galt sowohl von *bonae fidei* als von *stricti juris actiones*, das *dare facere oportere* aus Kauf und Verkauf mußte aufhören, der Gläubiger war also auf Restitution verwiesen; die *a. rei uxoriae* blieb dagegen auch nach der *cap. dem.* noch einlagbar ⁴⁾). Hier wird nicht aus einem Civilrechte, das durch Civilrecht wieder vernichtet werden konnte, geklagt; es findet sich nur ein natürlicher Anspruch, aus dem eine Schuld erst nach richterlichem Ermessen und Billigkeit geschaffen werden soll; dabei konnte jenes civile Ereigniß nicht in Betracht kommen ⁵⁾).

1) Fr. 2. §. 1 D. sol matr. 24, 3.

2) Fr. 6 pr. D. de jure dotium 23, 3. Jure succursum est patri ut filia amissa solatii loco cederet. fr. 79 D. de jure dotium.

3) Ulp. fragm. VI. 7. Post divortium defuncta muliere heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit. Vat. fragm. §. 95 §. 112.

4) Gaj. III., 84, IV., 38; in Bezug auf die Societät cfr. III. 153.

5) Fr. 8. pr. D. de cap. minutis 4, 5. Gajus libro 4: ad edic-

Aus dieser Auffassung erklärt sich dann auch die beschränkte Gültigkeit der Dotalverträge, durch welche sich die Ehegatten über Bestimmungen vereinbarten, die der Frau nachtheilig waren ¹⁾. — Der Anspruch der Frau hat seine Quelle nicht darin, daß der Mann ihr gegenüber bei der Annahme der dos stillschweigend eine Verpflichtung übernahm, die er nun durch Vertrag hätte ablehnen können; er beruht auf einer Billigkeit, die in der Natur des Verhältnisses liegt. Und so berücksichtigt der Richter jene Verträge nur insoweit, als sie ihm dem Verhältniß angemessen und berücksichtigungswerth scheinen.

Endlich hatte die Dotalklage, weil erst der Richter das klägerische Recht zu gestalten hatte und der Kläger nicht unbedingt Herausgabe der dos verlangen konnte, von Anfang an nicht die Einseitigkeit des einzelnen *bonae fidei iudicium* ²⁾. Der Werth der dos war allerdings ein Moment bei der Feststellung des *aequius melius*, aber auch andere Momente influirten auf das Urtheil des Richters; Gegenansprüche, welche gleichfalls aus dem ehelichen Verhältnisse ihre Berechtigung herleiteten, schienen Würdigung und Berücksichtigung zu verdienen. Und so stellte sich eben ein eigenes System fest, nach welchem der Beklagte ein Recht auf bestimmte Abzüge erhielt; bald zur Strafe der Frau, bald zur Ausgleichung vermögensrechtlicher Ansprüche.

tum provinciales. Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest, itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat, etiam post capitis deminutionem.

1) Vergl. u. A. fr. 14 D. de pactis dot. 23, 4.

2) Dagegen hat sich umgekehrt auch eine *a. contraria* oder etwas dem Ähnliches hier nicht herausgebildet.

Wenigstens von einigen retentiones ex dote wird uns ausdrücklich bezeugt (Boethius ad. Cic. Top. c. 17 lib. VI., p. 845 ¹⁾), daß sie in der besondern Fassung der Klage ihre nächste Veranlassung hatten.

Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod aequius melius esset apud virum remaneret; reliquum dotis restitueretur uxori. . . . In quo iudicio non tantum boni natura spectatur, verum etiam comparatio honorum fit . . . nam, si viri culpa divortium factum est, aequius melius est, nihil apud virum manere, si mulieris est culpa, aequius melius est, sextans retinere u. s. f. ²⁾

§. 12.

Minderung der dos wegen nothwendiger Verwendungen.

Jene Abzugsrechte haben wir jetzt näher kennen zu lernen; dabei möge man verzeihen, wenn wir bei einzelnen Punkten, namentlich aber bei dem Abzug wegen nothwendiger Verwendungen etwas länger verweilen. Was bisher in dieser Lehre

1) Dirksen (Abh. der Berl. Akad. 1851), Juristische Auszüge in den Werken des Boethius zeigt S. 8, daß uns hier ein Referat aus den Institutionen von Paulus vorliege.

2) Belehrend für die Auffassung der alten a. rei ux. ist die Vergleichung mit der Alimentationsklage, die gleichfalls, hätte sie ins Aktionsystem gepaßt, gewiß nicht auf „bona fides“, sondern auf „aequius melius“ gestellt worden wäre. Dieselbe ist nicht transmissibel weder aktiv noch passiv; Alles, Quantität und Qualität liegt in der Hand des iudex; sie wird versagt, wenn man sich der Alimentirung unwürdig machte, „worüber das Weitere dem richterlichen Ermessen unterliegt. Sine tenis, gem. Civilrecht Ob. 3 S. 144.“ Alles ist anders, wenn die Alimente ex conventiono geschuldet werden; so findet sich also ganz der Gegensatz zwischen a. rei ux. und ex stipulatu.

vorgearbeitet ist ¹⁾, ist nicht geeignet, uns ein klares Bild derselben zu geben; theilweise mag die Ursache davon in dem träumerhaften Zustande unserer Quellen liegen; die größere Schuld trägt jene Art der Behandlung, der es genügt, Thatsachen zu sammeln und neben einander zu stellen, die aber kein Bedürfnis fühlt, auf den innern Grund, der sie hervorrief, den Gedanken, der sich in ihnen ausspricht, einzugehen und die daher in dem kunstvollsten Gemälde nur ein Gemisch bunter Farben erblickt.

Wenn wir nun die Quellen zur Hand nehmen, springt uns eine Thatsache sofort in die Augen. Die verschiedenen Abzüge von der dos tragen einen ganz verschiedenen Charakter.

Häufig erhält der Mann das Recht wegen gewisser Gegenforderungen, Abzüge bei der Restitution der dos zu machen, und Theile derselben für sich zurückzubehalten; die dos an und für sich gilt aber dabei als unverändert.

Bei einer Art des Abzugs, der *retentio* wegen nothwendiger Verwendungen, verhält sich dies anders. Hier ist die dos selbst nach römischer Anschauung kleiner geworden, sie gilt als an und für sich vermindert (*necessariis impensis dos minuitur*); deshalb kann dann der Mann nicht gezwungen werden, als dos herauszugeben, um was sie verkleinert ist, und

1) Die wichtigsten Hilfsmittel sind Cujacius, obs. lib. 23. C. 12. kurz aber bezeichnend. — Ant. Merendae, controversiarum libri VI. Venetiis, 1625. lib. 3. c. 3. — Best, disput. 1704 (in Oelrichs thes. dis. jurid. vol. I. p. I. S. 192). — Majansii disputationes juris Lugduni Batavorum 1752. lib. I. disp. 28. — Salett, prakt. theoretische Abh. 1824, von den Verwendungen auf die dos S. 1 bis 63. Endlich Glüf, Commentar zum Titel de impensis in res dot. Vb. 27. S. 375—429 ausführlich, aber confus. Eigerström, Dotalrecht, behandelt die Retentionen Vb. 2 S. 221—277.

es steht ihm, in Folge dessen, das Recht des Abzugs zu. Es findet sich also etwas Aehnliches, wie bei der Minderung der Legate durch die quarta Falcidia. Auch diese werden nach den Bestimmungen des Rechts ipso jure vermindert, und gerade deswegen wird dem Erben das Recht zuerkannt, den entsprechenden Theil bei der Herausgabe des Legats abzuziehen, zu retiniren¹⁾. Daß sich dort die Operation des Abzugs vielfach anders wie bei der Dotalklage gestaltet, thut jener Aehnlichkeit keinen Eintrag.

Besonders energisch sprechen die Institutionen den Gedanken aus, daß dem Manne, der nothwendige Verwendungen verausgabte, gerade deswegen ein Abzugsrecht zustehe, weil die dos selbst kleiner geworden ist. Nachdem sie vom beneficium competentiae des Ehemannes gesprochen haben (§. 37 J. de actionibus, 4, 6.), fahren sie fort:

Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur²⁾.

Und auch sonst findet sich der Satz, daß die dos selbst ipso jure durch nothwendige Verwendungen vermindert werde, stets

1) Fr. 73 §. 5 D. ad legem Falcidiam 35, 2; si excesserit quis dodrantem pro rata portione per legem ipso jure minuuntur (legata) und daran knüpft sich gerade die retentio des Erben. Vergl. z. B. fr. 15 §. 1 D. ad Legem Falc. „sororem jure publico retentionem habituram“ c. 10 C. eod. 6, 50. cfr. fr. 21 D. ad S. C. Trebell. 36, 1. c. 4 C. eod. 6, 49.

2) Viele Handschriften schieben zwischen marito und retentio „quasi“ ein, andere gar quasi merito. Mit Recht erklärt indessen Schröder, Institut. S. 671 ad h. loc. den Zusatz für eine Glosse, die mit Rücksicht auf die Constitution von Justinian, c. un. §. 5 C. de re ux. tollenda 5, 10 gemacht wurde, cfr. Theoph. ad h. l.

mit großem Nachdruck hervorgehoben¹⁾; die Juristen wußten eine Reihe von Consequenzen daraus zu ziehen und unterwerfen den Gegenanspruch wegen nothwendiger Verwendungen durchaus einer ganz eigenen juristischen Beurtheilung.

So kann der Erbe des Mannes die Auslagen wegen nothwendiger Verwendungen auch dann abziehen, wenn ihm die Herausgabe der Dos durch Prälegat auferlegt wurde, ob ihm gleich die anderen Abzugsrechte, die dem Manne gegen die Dotalklage zugestanden hätten, nicht zu Gute kommen. Aliud est enim, sagt Marcianus (libro 3. regularum fr. 5 D. de dote praelegata 33. 4.) *minorem esse factam dotem, aliud — retineri dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare „aequum“ est*; die nothwendigen Auslagen haben die dos an und für sich kleiner gemacht, dem Legatar ist daher von vornherein nach dem Wortlaut des Legats um so viel weniger vermacht worden, als sie betragen, der Erbe hat um so viel weniger herauszugeben. Andere Gegenansprüche gewähren zwar dem Beflagten ein Abzugsrecht bei der *actio rei uxoriae*; die Dos selbst bleibt aber durch sie unberührt. Daher können sie dem Prälegatar gegenüber, dem die „dos“ vermacht ist, nicht geltend gemacht werden.

Auf demselben juristischen Principe beruht die Entscheidung Ulpian's (lib. 40 ad edictum), wonach — wenigstens wenn die Ehe noch nicht aufgelöst ist — bei der *collatio dotis* nur nothwendige Verwendungen, nicht Impensen anderer Art berücksichtigt werden sollen.

1) Fr. 1 §. 2 fr. 5 pr. D. de impensis in res dot. 25, 1 „quod dicitur impensis necessariis dotem minuere.“ fr. 61 D. de ritu nupt. 23, 2. fr. 56 D. de jure dotium 23, 3. fr. 1 §. 4 D. de dote praelegata 33, 4. c. un. §. 5 C. de rei uxoriae a. 5, 13.

Fr. 4 §. 5 D. de collatione dotis 37, 7: quum dos confertur, necessariarum impensarum fit detractio, ceterarum non.

Und ebendeshalb ist ein Verzicht auf Anrechnung der necessariae impensae in dem Dotalvertrag vor dem Abschluß der Ehe ganz nichtig.

Fr. 5 §. 2 D. de pactis dotalibus 23, 4. Paulus libro 7 ad Sabinum. Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso jure minuunt.

Wie wichtig den römischen Juristen das Recht der necessariae impensae dünkte, das ersehen wir auch aus den vielfachen Bemühungen, gerade im Dotalverhältniß zu bestimmen, was necessariae impensae seien. Während sie sonst nicht geneigt sind, allgemeine Definitionen zu geben und es bei der Schilderung der Erscheinung bewenden lassen, haben sie hier auf alle Weise und von verschiedenen Seiten aus den Begriff auch schulgerecht zu definiren und festzustellen gesucht.

Einmal stellen sie in ihren allgemeinen Sacherklärungen rein äußerlich die Definition auf, impensae necessariae seien Verwendungen, deren Auslage nothwendig wäre, damit sich die dos nicht verändere und die Dotalfachen nicht verschlechterten ¹⁾.

Ulpianus libro V. regul. fr. 14 D. de imp. in res dot. 25, 1. Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur, veluti aggeres facere, flumina avertere.

1) Fr. 79 D. de verb. sign. 50, 16. Paulus libro 6 ad Plautium. — Ulp. fragm. tit. VI., de dotibus §. 13.

Als Beispiele führen sie noch an: Errichtung von Dämmen zum Schutz der Grundstücke, Ableitung von Wasserströmen, Reparatur alter Gebäude, Ersatz der Baumstämme durch neue Pflanzungen, Auslagen für die Heilung kranker Sklaven u. s. f.¹⁾

Das genügte ihnen aber nicht; sie suchten offenbar nach dem juristischen Moment, das ihnen die juristische Eigenthümlichkeit der *impensae necessariae* näher rückt. Deshalb jene Definition von Paulus, in der er selbst zugesteht, daß er der Sache nicht den letzten Ausdruck geben könne, in welcher aber doch auf die juristische Stellung der *impensae necessariae* Rücksicht genommen wird.

Fr. 4 D. de impens. in res dot. Paulus libro 36 ad edictum. — Et in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito ommissum est, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris intersuerit eas impensas fieri. — Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, et si res male gesta est; non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur; si non fecerit, deusta ea nihil praestabit.

Nothwendige Verwendungen sollen die sein, wegen deren Nichtaufwendung der Mann später durch die Dotalklage zum Ersatz genöthigt wird. — Paulus selbst findet aber, daß das nicht genau ist, der Mann ist auch wegen Nichtauslage von nothwendigen Verwendungen dann nicht ersatzpflichtig, wenn die Sache, auf welche er sie hätte machen müssen, später durch Zufall völlig untergegangen ist. Der Satz ist also weiter zu

1) Cfr. fr. 1 §. 3 fr. 2 u. fr. 3 D. de impens. in res dot. 25, 1.

fassen. Nothwendig sind die Verwendungen zur Erhaltung der Sache, zu deren Auslage der Mann nach juristischen Grundsätzen verpflichtet war. Dies mag Ulpian im Auge gehabt haben, wenn er sagt:

libro 36 ad Sabinum fr. 1 § 4 D. de impensis. Necessariae impensae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi.

Gerade die juristische Nothwendigkeit der Aufwendung gibt der Behandlung der nothwendigen Verwendungen bei der dos ihre eigenthümliche Gestalt; in ihr findet sich, wie wir bald sehen werden, der Schlüssel zu ihrer juristischen Behandlung.

Doch nicht alle nothwendigen Verwendungen vermindern die dos. Für die Ausgaben, die zunächst des Fruchtgewinnes wegen gemacht waren, gilt der Mann durch den Ertrag der Dos als entschädigt; er kann sie nicht in Anrechnung bringen, wenn sie auch zur Erhaltung der Sache selbst nothwendig waren¹⁾. Ebenso hat er alle laufenden Ausgaben zu tragen und die Last gilt durch den Vortheil, den ihm die Dos bringt, als aufgewogen. Ihm liegen daher mäßige Reparaturen, Ernährung der Sklaven u. dergl. ob; nur durch Auslagen, die außer der gewohnten Verwaltung (*extra tutelam*) auflaufen, gilt die dos als verkleinert²⁾. Eine genaue Gränze läßt sich aber, wie Neratius sagt, in dieser Beziehung nicht ziehen. Die Beurtheilung der Frage, was zu den ordentlichen und außerordentlichen Ausgaben gehört, hängt stets von den Verhältnissen ab, die der gute Richter erwägen und würdigen wird.

1) Fr. 3 §. 1. fr. 16 D. de impens.

2) Fr. 15 D. de impens. Neratius lib. 2. Membranarum. cfr. fr. 3 §. 1. fr. 13 D. eod.

So bestimmt nun aber die römischen Juristen den Satz auszusprechen, daß die dos selbst durch nothwendige Verwendungen vermindert werde, so viele Mühe sie sich gaben, den Begriff dieser Verwendungen festzustellen, so wenig haben sie sich über seinen Grund erklärt; er muß ihnen wohl gerade so natürlich und unbedenklich vorgekommen sein, als er den Neuern unerklärlich und auffallend ist.

Diese begnügen sich meist, — eben weil ihnen der Grundsatz so fremd blieb — mit der Behauptung ¹⁾, es sei gar nichts Eigenthümliches, daß die dos durch Verwendungen minuiert werde, es werde damit nur der Eintritt einer Compensation bezeugt, wie sie schon die Regel des Rechts mit sich bringe und gegen jede Forderung eingeführt werden könne. Sie ²⁾ finden nur auffallend, daß das gerade in Rücksicht auf das Dotalverhältniß so häufig hervorgehoben werde, und suchen sich dies dadurch zu erklären, daß man in der Dotalklage ein ganz eigenes Rechtsverhältniß vor sich habe, daß demnach hier wegen des favor dotis leicht an der Zulässigkeit der Compensation gezweifelt werden konnte, daß das Complicirte des Dotalrechts eine besonders genaue Erörterung nothwendig machte u. s. w.

Allein nach den Regeln der Compensation könnte offenbar nur die Dotalklage, nicht aber die Dos selbst vermindert werden. Nun steht aber einmal unleugbar im römischen Rechte fest und offenbart sich in einer Menge von Rechtsätzen, daß die Dos selbst durch nothwendige Verwendungen verkleinert sei

1) Balett, praktisch-theoretische Abh. Göttingen 1824. S. 25 u. S. 26. Glück, Commentar Bd. 27. S. 403. Tigerström, Dotalrecht 2 S. 261. Sinenis, Ztschr. für C. u. P. 18 S. 5. Gem. Civilrecht Bd. III. S. 64 u. 65, Anm. 133.

2) Balett, loc. cit. S. 26.

und nicht bloß die Dotallage gehemmt und gemindert werde¹⁾ Jene Erklärung erläutert also nicht das Charakteristische unseres Rechtsfases, sondern verwischt dasselbe²⁾. Die allgemeinen Grundsätze reichen zur Erklärung des Phänomens offenbar nicht aus; es ist unumgänglich notwendig, in den Begriff der Dos, der nothwendigen Verwendungen einzugehen, um hier die Lösung zu finden.

Auf den ersten Blick scheint sich die Dos als die Summe dessen bestimmen zu lassen, was die Frau ihrem Manne zu ehelichen Zwecken eingebracht hatte³⁾. Eine sorgfältigere Prüfung ergibt aber, daß diese Definition auf Genauigkeit keinen Anspruch machen kann.

Wäre sie richtig, wäre die Dos die Summe dessen, was die Frau eingebracht hat, so könnte sie sich nicht mehr verändern. Nun wächst aber die Dos auch später noch und wird vermindert. Sie wächst, wenn der Mann später durch Accessionen der Dotalgrundstücke bereichert wurde, wenn ihm der Ufußfrukt anfällt, während ihm nur die nuda proprietas zur dos gegeben war, wenn der Dotalflave Erbe wird u. s. f.⁴⁾ — Sie vermindert sich⁵⁾ wenn die Dotalsachen verschlechtert wurden oder untergingen.

1) Seite 109 u. folgende.

2) Eher ließe sich noch die Erklärung von Besz, *conjecturas loc. cit.* S. 200, hören, daß eine gesetzliche Präsumtion dafür spräche, daß der Mann die Auslagen aus der dos selbst gemacht habe (*maritum intelligi summissis vel sibi solvissis ex ipsa dote*), wenn nur die Römer unsern Satz je auf eine solche Fiktion zurückgeführt hätten.

3) Cfr. z. B. Buchta, *Pandekten*, §. 414. „Dos ist, was von der Frau oder für sie als Beitrag zu den Lasten der Ehe in das Vermögen des Mannes gebracht wird.“

4) Fr. 4 D. de jure dotium 23, 3. fr. 10 §. 1 u. 2. fr. 65 D. eod.

5) Fr. 10 §. 1 D. 23, 3.

Demnach stellt sich die Größe der Dos nicht für immer durch den Moment des Abschlusses der Ehe fest; sie wird nicht durch die Summe der Vermögensstücke gebildet, die der Mann von der Frau oder von Seiten der Frau in diesem Augenblicke empfangen hat, sie ist vielmehr wandelbar, jederzeit für Veränderung empfänglich; ihre Größe bestimmt sich nach dem wechselnden momentanen Stande seiner Bereicherung; wir können sie definiren als den jeweiligen Zuwachs zu dem Vermögen des Mannes, der ihm zur Befreiung der ehelichen Lasten durch die Frau zukam. Aus dieser Auffassung mußte der Satz, daß die Dos durch *impensae nec.* minuit werde, unmittelbar folgen.

Nothwendige Ausgaben sind, wie wir sahen ¹⁾, nur solche, welche der Mann nach juristischer Nothwendigkeit zur Erhaltung und Sicherung der Dos machen mußte, welche er aus seinem Vermögen, unfreiwillig, genöthigt durch die Beschaffenheit der Dos auslegen mußte (*quae in se habent necessitatem impendendi*). Hatte nun der Mann Dotalsachen erhalten, auf die er solche Verwendungen gemacht hatte, so war sein Vermögen zwar einerseits um den Betrag der inferirten Sachen vermehrt, andererseits gerade im Gefolge der Mation um die ausgelegten Kosten gemindert und die Dos selbst ist — besteht sie anders wirklich in dem durch die Dotaleinlage veranlaßten, jeweiligen Zuwachs zu seinem Vermögen — um den Betrag dieser Auslage kleiner geworden.

Deßhalb haben die Römer auch die Summe des inferirten Gutes (die *quantitas dotis, quam maritus accepit*) genau von der „Dos“ unterschieden ²⁾. Die Frau, welcher durch Prä-

1) Seite 113.

2) Vergl. auch C. 8 C. de jure dot. 5, 12.

legat die Summe dessen vermacht wurde, was der Mann als Dos empfangen hatte ¹⁾, erhielt etwas Anderes, als wenn ihr die Dos vermacht worden wäre; daher kann ihr der Betrag, um welche diese die Dos übersteigt, zur Restitution als Fideicommiss aufgegeben werden.

Ulpianus lib. 5 disputationum fr. 2 §. 1. D. de dote praelegata 33, 4. — Quodsi necessariae fuerunt impensae, quae ipso jure dotem minuunt, amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est, oportere dici etiam eam quantitatem posse fideicommissum erogare, quae ipso jure dotem minuit.

In dem Satze, daß die Dos durch nothwendige Verwendungen vermindert werde, findet sich also wieder ein Beispiel, mit welcher instinkartigen Schärfe die Römer die Rechtsbegriffe, die ihnen gegeben waren, auffaßten und wie strenge sie alle Konsequenzen aus denselben zu ziehen wußten. Es bedurfte nicht etwa einer künstlichen Definition, des schulgerechten Begriffs der Dos, aus der man den Satz auf dem Wege der Abstraktion entwickelt hätte. Vielmehr tauchte er aller Wahrscheinlichkeit nach schon in einer Zeit auf, in der man sich über

1) Verschiedener Deutung fähig ist die Formel „quidquid dotis nomine ad te pervenit“; man kann darin einmal ein Vermächtniß dessen sehen, was der Mann von Seiten der Frau empfing; man kann aber auch darin vermacht finden, um was er bauern bereichert ist. Die erstere Interpretation hat man im Zweifel vorgezogen, wo es sich um das Vermächtniß eines Fremden an die Frau handelt, da man annahm, er habe den Betrag der inserirten Dos zum Maßstabe der Größe seines Legats machen wollen; die zweite mußte bei dem Legat des Mannes an die Frau gelten, da man hierin im Zweifel nur die Auflage an den Erben zur schleunigen Erstattung der schulbigen Dos sah. Dies erörtert Favolenus in fr. 41 §. 1. D. de leg. II. einer Stelle, deren Sinn schon seit der Glosse vielfach mißdeutet wird. Ueber ihre Literatur siehe Glüd Bd. 27 S. 422 u. flgnde.

den Begriff der Dos als eines Vermögens noch in keiner Weise klar geworden war und das ideale Ganze der Dos noch nicht von den realen Theilen zu sondern wußte. Die Sache lebte aber in ihrer Anschauung und die Consequenz drängte sich ihnen ohne ihr Zutun auf.

Daß unser Satz eine natürliche Folge aus dem Begriffe der Dos sei, das haben die Römer in greifbarer Weise auch durch den Zusatz ausgedrückt, daß die Dos „ipso jure“ minuit sei.

Man nimmt zwar meistens an, es solle durch diese Phrase angedeutet werden, die Minderung der Dos trete ein, ohne daß es „eines weiteren Geschäfts“¹⁾, einer weiteren menschlichen Thätigkeit bedürfe; sie geschehe, wie man dies ausdrückt: sine facto hominis. Allein es ist von vornherein nicht abzusehen, was die römischen Juristen bewogen haben soll, durch unseren Ausdruck die Minderung durch „Verwendungen“ in Gegensatz zu einer Verkleinerung durch „menschliche Thätigkeit“ zu setzen; mehr noch — der Sinn einzelner Aeußerungen unserer Quellen wird durch jene Interpretation völlig verschoben; Paulus sagt: ein Vertrag, wodurch die Ehegatten vor der Ehe auf die Aufrechnung verzichten, ist nicht zu beachten, quia tales impensae ipso jure dotem minuunt²⁾; nach jener Auffassung würde dies heißen: der Vertrag sei ungültig, weil solche Auslagen die Dos ohne ein Geschäft minderten. Dies ist aber gewiß nicht der Grund jener Ungültigkeit, das Pactum ist vielmehr deswegen nicht zu achten, weil die Dos nach dem Rechte selbst, nach dessen eigensten unaufsehbaren Bestimmungen (ipso jure) verkleinert wurde.

1) Brinz, Compensation S. 1.

2) Fr. 5 §. 2 D. de pact. dot. 23, 4; abgebr. Seite 111.

Ipsa jure dos minuitur heißt also, die Minderung der *Dos* tritt nach den Grundsätzen des Rechts, der Consequenz des Rechts selbst gemäß ein. Dies ist der einfachste und ungezwungenste Sinn dieser Phrase, aus der sich alle Stellen, in welcher sie vorkommt, aufs passendste erklären. *Ipsa jure* hat hier ganz dieselbe Bedeutung, wie in dem Satze, daß das *Peculium* durch Schulden des Sklaven an den Herrn gemindert werde.

Die römischen Juristen ¹⁾ definiren das *Peculium* als das Sondervermögen, das der Sklave mit Erlaubniß seines Herrn besitzt, nach Abzug dessen, was er dem Herrn schuldet. Existenz und Größe des *Peculiums* hing ganz von dem Willen des Herrn ab; man konnte daher annehmen, daß er sich stets für seine Forderung vorweg befriedige, daß seine Concession nur auf das gehe, was dem Sklaven nach Abzug der Forderung verbleibe. Schulden mindern daher das *Peculium* seinem Begriffe nach, dies wird auch hier mit dem Ausdruck bezeichnet: *peculium „ipsa jure“ minuitur* ²⁾.

§. 13.

Controversen bei Durchführung des Grundsatzes. Minderung des *Peculiums*.

So allgemein man den Satz anerkannte, daß die *Dos* durch nothwendige Verwendungen ihrem Begriffe und der Natur der nothwendigen Verwendungen gemäß gemindert werde, so bestritten war die Art seiner Anwendung in den concreten Totalverhältnissen. Es bestanden darüber in den verschiedenen Ent-

1) Fr. 5. §. 4. D. de peculio 15, 1. *peculium Tubero sic definit: quod servus domini permissu separatim e rationibus dominicis habet deducto inde, si quid domino debetur.* — fr. 9 §. 2. D. eod.

2) Fr. 30 D. de act. emti 19, 1. fr. 8. pr. D. de pecul. leg. 33, 8.

widlungsphasen des römischen Rechts ganz verschiedene Ansichten, die sich einander bekämpften und allmählig läuterten. — Diese Entwicklung zu verfolgen ist höchst interessant. Freilich sind uns die Controversausführungen der alten Juristen in der Compilaton so verkürzt, daß wir den Gang, welchen die römische Jurisprudenz genommen hat, oft nur noch errathen können; wir werden uns aber unsere Aufgabe erleichtern, wenn wir unseren Blick zugleich darauf werfen, wie man den ähnlichen Grundsatz praktisch durchzuführen suchte, daß das *Pekulium* durch Schulden des Untergebenen an den Herrn gemindert würde. Treten uns hier gleich ebenfalls große Schwierigkeiten entgegen, so erweitern wir doch dadurch unseren Gesichtskreis und rücken uns die römische Auffassung näher. Vielleicht gelingt es uns sogar, in beiden Verhältnissen daselbe Gesetz der Entwicklung nachzuweisen. —

Das *Pekulium* soll selbst nach einer Stelle des *Pomponius* ¹⁾ — durch Schulden an den Herrn seinem Begriffe nach gemindert werden, die einzelnen körperlichen *Pekuliar*sachen sollen aber deshalb nicht aufhören zum *Pekulium* zu gehören. In anderen Stellen — und zwar von *Ulpian* und *Paulus* ²⁾ — wird uns dagegen gesagt, die körperlichen *Pekulien*sachen treten durch solche Schulden aus dem *Pekulium* heraus und würden nach Verhältniß vermindert (*deminui singula corpora per hoc aes alienum*). Ähnliche Widersprüche finden sich bei der *DoS*. Der eine Theil der Juristen scheint angenommen zu haben, die nothwendigen Verwendungen hafteten zunächst stets an den einzelnen *Dotal*sachen, auf welche sie

1) Fr. 4 §. 5 De de peculio 15, 1.

2) Fr. 6 u. fr. 8 D. de pec. legato 33, 8. Fr. 8 §. 1 D. comm. div. 10, 8.

gemacht wurden, so daß diese ganz oder theilweise aus dem Dotalextrus ausschieden, die Dos als solche also nur indirekt, mittelbar vermindert würde. Der andere Theil behauptete, die Dos sei an und für sich kleiner geworden, die einzelnen Dotalsachen aber blieben unberührt und verlorren um der Verwendungen willen ihren Charakter nicht ¹⁾).

Da liegt denn von vornherein der Gedanke nicht fern, ob vielleicht diese Widersprüche und Controversen mit der Ausbildung und Erkenntniß des Begriffes der universitas juris in Zusammenhang stehen. Darauf haben wir vor allem unsere Aufmerksamkeit zu richten.

Ausführliche Nachrichten über die Entwicklung dieses Begriffes haben wir zwar nur bei der Erbschaft, das genügt aber auch; es läßt sich daraus mit Sicherheit schließen, wie weit man sich in den verschiedenen Perioden über den „Begriff eines Vermögensganges“ in Recht und Leben klar geworden ist.

Da finden wir ²⁾), daß die ältere römische Jurisprudenz die hereditas gleichsam als eine körperliche Sache angesehen hat, die zunächst aus den einzelnen körperlichen Erbschaftsachen bestand, wenn auch mit ihrem Erwerb der Uebergang von nomina auf die Person des Erben verknüpft war ³⁾), mit anderen Worten,

1) Cfr. fr. 1 §. 2 D. de dote prael. 33, 4. fr. 5 D. de impens. in res dot. 25, 1. fr. 56 §. 3 D. de jure dot. 23, 3.

2) Vgl. Huschke, usucapio pro herede, Ztschr. für gesch. Rechtsw. Ab. 14 S. 154.

3) Die Verpflichtung ist nicht an die Sache geknüpft worden, wie die Pekuliarschulden an das Pekulium, — bei denen daher die Verpflichtung nicht weiter reicht, als der Werth der Sache und deswegen mit dem Verluste derselben hinweg fällt, — sondern an den Erwerb der Erbschaft; gerade in dieser Bestimmung hat sich die Idee einer Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers zuerst geregt. Vgl. Fering, Abh. S. 154.

sie vermochte nicht zu abstrahiren, daß eine Erbschaft, die regelmäßig durch körperliche Sachen repräsentirt war, doch nicht eine körperliche Sache, sondern ein Vermögensbegriff sei. Deshalb war die Mancipation möglich, wodurch zunächst wohl nur die körperlichen Bestandtheile der hereditas übergingen¹⁾, bewegen war bei der Bindikation der hereditas ein Stück einer Erbschafts Sache nothwendig — bewegen glaubte man, wie Gajus in modernem Stile berichtet, daß man durch den Besitz der Erbschafts Sachen die Erbschaft selbst usucaptiren könne. Dies war noch zu Cicero's Zeit die gewöhnliche Auffassung. Cic. ad Att. I, 5: „quoniam hereditas usucapta esset.“ pro Flacco c. 34: „si qua venerit hereditas usu amittes?“

Die ausgebildete Jurisprudenz seit den Kaisern²⁾ verwarf dies; sie erkannte, daß hereditas ein Begriff, ein ideelles Vermögensganze sei, verschieden von den einzelnen Stücken, durch welche sie gebildet werde; sie führte die richtige Theorie mehr und mehr in die Praxis über; die Grundsätze, die im S. C. Inventianum ausgesprochen wurden, gaben Zeugniß von dieser neuen Auffassung. Im gemeinen Leben aber blieb die alte sinnliche Anschauung tief eingewurzelt und war niemals ganz zu verdrängen. Selbst der Philosoph und Dialektiker Seneca³⁾

1) J. Dernburg, Gesch. der röm. Recht. S. 97.

2) Der Uebergang war ein allmählicher, ein fester Zeitpunkt läßt sich dafür nicht bestimmen. Puschke, die usuc. pro herede, Ztschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 14 S. 164 setzt ihn vor Cicero. Schenkl, Beitr. Bd. 2 S. 50 schreibt ihn dem Scävola zu; Puchta aber, Inst. Bd. 3 §. 315 bemerkt: (noch) Seneca führt usuc. pro herede „als Beispiel einer Controverse an.“

3) Senec. de benef. 6, 5. Jurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt, tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.

erklärte es für eine Abgeschmacktheit der Juristen, zu leugnen, daß eine hereditas als solche usucapirt werden könne und doch zuzugeben, daß dies mit Sachen in derselben der Fall sei; „Erb-schaft“ und „was in der Erbschaft enthalten sei“, sei doch dasselbe.

Vom *Reskriptum* und der *Dos* wird uns ein ähnlicher Ueber-gang, wie bei der *Hereditas* nicht bezeugt; indessen ist es un-denkbar, daß man von diesen Gütercomplexen in früherer Zeit einen reineren Begriff gehabt habe als von der *Hereditas* und hier von jener sinnlichen Vorstellung abstrahirt habe. Im Ge-gentheil läßt sich annehmen, daß der richtige Begriff hier sogar erst später ins Bewußtsein trat, als bei der Erbschaft, bei der sich praktisch am frühesten die Unzulänglichkeit der älteren Theo-rie zeigen mußte; es deutet Manches darauf, daß man beim *Reskriptum* und der *Dos* erst zur Zeit von *Julian* und *Pom-pontius* die neue Theorie durchführte.

Sind diese Annahmen richtig, so wird nun allerdings noch wahrscheinlicher, daß die oben berührten Controversen eine Folge der verschiedenen Auffassung des Begriffs von *Reskriptum* und *Dos* waren. Der ältere Jurist, der in denselben nichts sah als die einzelnen Sachen, mußte annehmen, diese seien vermindert und träten aus, der spätere trennte den Begriff, das Vermö-gensganze, und mußte einsehen, daß die Schulden darauf, nicht aber auf den Sachen ruhten.

Allein es bedarf doch noch einer genaueren Prüfung, um zu bestimmen, in wie weit wir mit diesem Gesichtspunkte durch-reichen; es ist jedenfalls noch manche Modifikation zu erwähnen und mancher Anstand zu beseitigen.

Wenden wir uns zunächst zum *Reskriptum*, dann zu der *Dos*. Da finden wir zuvörderst von *Pomponius*, libro 7 ad Sa-

binum, ausgesprochen, daß das Peculium seinem Begriffe nach durch die Schulden an den Herrn gedeckt sein könne, während doch die einzelnen körperlichen Sachen nichtsdestoweniger Peculienfachen blieben. Ohne daß er bestimmt andeutet, daß dem von den Aelteren widersprochen wurde, sucht er doch diese Behauptung durch eine Thatfache aus der Praxis zu beweisen; wenn die Schulden des Sklaven später wegfallen, entweder weil sie ein Dritter tilgt oder der Herr sie nachläßt, so ist eine neue Bestellung des Peculiums nicht nothwendig, wenn auch das Peculium durch die Schulden erschöpft war; das alte blieb bestehen.

Fr. 4 §. 5 D. de peculio 15, 1. Si aere alieno dominico exhauriatur peculium servi, *res tamen in causa peculiari remanent*; nam si aut servo donasset debitum dominus aut nomine servi alius domino intulisset, peculium suppletur, nec est nova concessione opus.

Hätten wir nun weiter keine Zeugnisse, so dürften wir nach der oben gegebenen Entwicklung annehmen, daß diese Auffassung, welche zwischen Peculium und Peculienfachen unterscheidet, wenigstens in späterer Zeit die herrschende wurde, und daß man durchgängig angenommen habe, die körperlichen Sachen blieben durch Schulden des Peculiums unberührt. — Aber diesem Grundsatz widersprechen mehrere Entscheidungen Ulpian's aufs bestimmteste, die von dem entgegengesetzten System ausgehen und damit auch unsere Ausführung umzuwerfen scheinen.

Fr. 6 D. de peculio legato 33, 8. Ulpianus, libro 25 ad Sabinum. Si peculium legetur et sit in corporibus puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, *integra corpora vindicabuntur*, sin vero sit, quod domino vel suprascrip-

tis personis debeat *deminus singula corpora pro rata debebunt.*

und dann fr. 8 D. eod. aus demselben Buche ad Sabinum.

Denique Pegasus respondit, si statulibero, cui peculium legatum sit, heres interim crediderit, id ipso jure detrahi et *corpora singula per hoc aes alienum deminui.*

Die einzelnen körperlichen Fideicommisssachen sollen demnach, wenn ein Fideicommissum legirt ist und dieses etwa in Grundstücken oder Häusern besteht wegen der Schulden des Fideicommissarius nach Verhältniß vermindert sein. Das berichtet derselbe Jurist, welcher im 35. Buche desselben Werkes eine solche Minderung nicht nur verwirft, sondern geradezu für absurd erklärt (etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam fr. 5 D. de impens. 25, 1), welcher im liber 4 fideicommissorum ¹⁾ stillschweigend das Argument des Marcellus adoptirt — non magis quam si fundum quis deducto aere alieno vel deductis legatis restituere sit rogatus, neque enim recipit fundus aeris alieni vel legati minutionem.

Dies ist offenbar eine der auffallendsten Antinomien in unseren Quellen. Dennoch hat die Glosse dieselbe nicht hervorgehoben, ebenso wenig einer der Späteren ²⁾; unsere Stellen sind, wohl auch deswegen, weil sie im unpraktischen Titel de peculio legato standen, einer besonderen Besprechung, so viel

1) Fr. 16 §. 3 D. ad. S. C. Trebell. 36, 1.

2) Siehe Schulting und Smalenburg, notae ad Dig. — Krug, Compens. S. 131, sieht hier ein Beispiel einer Compensation und sucht daraus zu argumentiren, daß auch auf obligationes speciei Compensation mit Geldforderungen zulässig war. Dagegen schon Fuhr, Jahrb. 27. S. 145.

wir wissen, noch nicht gewürdigt worden. Nur Cujacius¹⁾, nachdem er den Ausspruch des Pomponius über die Verminderung des *Pekuliums* durch Schulden an den Herrn erklärt und gezeigt hat, daß nur das ideelle Ganze gemindert werde, meint, man müsse die Aussprüche, die hier Ulpian thut, ebenso auffassen.

Allein wie er sich das denkt, hat er nicht ausgeführt; in der That ist eine solche Auffassung mit dem Texte unvereinbar; es ist einmal nicht wegzuleugnen, daß der Anspruch auf die einzelnen körperlichen Sachen selbst als gemindert betrachtet wird und wenn wir dies nicht aus der Besonderheit des besprochenen Verhältnisses erklären können, stehen wir vor einem unlösbaren Räthsel. Fassen wir also dieses näher ins Auge.

In fr. 6 ist vom Legat des *Pekuliums* die Rede und dann wieder von einer *Vindication* aus diesem Legate. Daher ist nach dem Stande der klassischen Jurisprudenz unbedingt vorausgesetzt, daß der Erblasser besagtes Legat per *vindicationem* hinterlassen habe; wir halten es beinahe für gewiß, daß in dem Einleitungssatze zwischen *peculium* und *legatur* ein „per *vindicationem*“ stand, das die Compileroren ausmerzten.

Sehen wir aber in dem *Pekulium* ein Vermögensganzes, so muß uns sehr zweifelhaft sein, ob ein solches Legat des „*Pekuliums*“ in der Form „der *Vindication*“ haltbar sei. Per *vindicationem* konnten nur Dinge vermacht werden, die im Eigenthum des Testators²⁾ standen und in das Eigenthum des

1) Cujacius, obs. lib. 23, c. 12 (*Peculii*) *singula corpora per aes alienum dominicum non minuuntur corporaliter sed universaliter tantum — et ita accipiendum (!) quod ait fr. 6 et fr. 8 D. de pec. leg. „singula corpora pecularia minui“*. Gleichertweise hilft sich Majansius, disput. cit. 28 n. 6. S. 427, aus der Verlegenheit.

2) Gaj. II. 196. Ulp., fragm. XXIV. 7.

Legatars übergehen können; das *Pekulium*, der Vermögensbegriff, kann aber weder in physischem Eigenthum stehen, noch kann er mit einer körperlichen *Vindikation* angesprochen werden.

Dennoch suchte man die *Disposition* als *Vindikationslegat* aufrecht zu erhalten und zwar aus zwei Gründen. Einmal stand die Möglichkeit der *Vindikation* seit alter Zeit fest, da man im *Pekulium* noch eine körperliche Sache erblickte; schon *Pegasus*¹⁾ hat über sie *respondirt*. Dann hatte der *Erblasser* beabsichtigt, durch ein solches *Legat* gerade die einzelnen körperlichen Sachen, die im *Pekulium* standen, in das Eigenthum des *Legatars* zu übertragen und dieser *Abzicht* mußte man nachzukommen suchen.

Man fand darin einen Ausweg, daß man in einem solchen *Vermächtniß* die Worte des *Testators*: „ich vermache dem *Stichus* sein *Pekulium per vindicationem*“ so interpretirte, als habe er ihm die einzelnen *Pekulien*sachen, nicht aber das *Pekulien*vermögen selbst *per vind.* vermacht. Daran schloß sich freilich keine *Eigenthumsklage* auf das *Pekulium*, denn diese war nach der Anschauung der *klassischen* Zeit unmöglich, aber man gestattete eine *Vindikation* der *Pekulien*sachen.

Fr. 56 D. de rei vind. 6, 1, *Julianus* libro 78. *Digestorum*. *Vindicatio non ut gregis ita et peculii recepta est, sed res singulas, is cui* (wahrscheinlich ursprünglich *per vindicationem*) *legatum peculium est, petet.*

Dieses Mittel scheint einfach, die Schwierigkeiten treten aber erst recht zu Tage, wenn das *Pekulien*vermögen des *Skla*ven durch *Schulden* an den *Herrn* gemindert war. Hier war *teinenfalls* durch das *Legat* „des *Pekuliums*“ dem *Legatar* das *Eigenthum* an *sämmtlichen* körperlichen *Pekulien*sachen ver-

1) Fr. 8. cit. D. de peculio leg. §. 125.

macht; da diese zusammengenommen mehr betragen müssen, als den Worten nach legirt wurde. — Auf der anderen Seite war durch die gewählte Form klar, daß der Erblasser Eigenthum vermachen wollte, und es wäre inconsequent gewesen, in diesem Falle die vindication zu verweigern, und sie etwa nur zu gestatten, wenn keine Schulden vorhanden waren. Hier blieb also der Theorie nur übrig, das Legat so aufzufassen, als habe der Erblasser die einzelnen körperlichen Sachen insoweit zum Eigenthum (*per vindicationem*) vermacht, als dieselben zum Betrage des *Peculium*s reichten. Man gestand dem Legatar die vindication der körperlichen Sachen zu, aber bloß auf eine Quote; die andere Quote, die dem Betrage der Schulden entsprach, blieb bei dem Erben. Der Vermächtnisnehmer hatte dann eine *actio incerta* mit der *intentio, quantam partem fundi paret ejus esse* zu wählen und erst vom Richter die Größe seines Miteigenthums bestimmen zu lassen ¹⁾; oder er konnte auch die Sache durch die *actio communi dividundo* sofort ordnen lassen, falls sein Anspruch überhaupt feststand.

Dies finden wir auch von *Paulus* ausgesprochen, der in folgender Stelle unsere Ausführung bestätigt.

lib. 23 ad edictum fr. 8 §. 4 D. comm. dividundo 40, 3. Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat inter legatarum et heredem communi dividundo agi potest aut incertae partis vindicatio datur. Similiter fit et si peculium legatum sit: quia in quantum *res peculiares deminuit id, quod domino debetur*, incertum est.

Der allgemeine Satz, daß das *Peculium* eigentlich ein Vermögensbegriff sei, blieb also mit allen seinen Konsequenzen

1) *Gajus* IV. §. 56.

anerkannt. Aber gerade bestwegen mußte man in dem Falle, wo „ein *Pekulium per vindicationem* vermachet war“, entweder das Legat in dieser Form für ungültig erklären, oder hier in einer solchen Disposition „*Pekulium*“ als eine Sammtbezeichnung der einzelnen körperlichen Vermögenssachen auffassen. — Man hat sich für das Letztere entschieden und dann auch die Konsequenz adoptiren müssen, und da man von einem Vermögensbegriffe einmal abgesehen hatte, den Eigenthumsübergang der einzelnen Sachen nach Verhältnis der Schulden beschränken müssen.

§. 14.

Durchführung der Minderung der *Dos*.

Deutlicher, als bei der Minderung des *Pekuliums* durch Schulden an den Herrn treten in den Quellen Meinungsverschiedenheiten der römischen Juristen in Bezug auf die Durchführung des Satzes hervor, daß die *Dos* durch nothwendige Verwendungen vermindert werde; ja noch in der justinianeischen Compilation existirt in Folge derselben eine Antinomie. Zu ihrer Bewältigung bedurfte es in der That der ganzen Kunst der klassischen Jurisprudenz; einmal bestanden über die Auffassung des Prinzips selbst Controversen, dann aber war bei der Durchführung des richtigen Prinzips ein schweres Problem zu lösen.

Die Auffassung des Prinzips selbst war bestritten. Die ältere Ansicht, wonach die körperlichen Sachen durch die Verwendungen aussschieden, wurde hier noch durch einen eigenthümlichen Gesichtspunkt unterstützt, welcher der idealeren Ansicht, wonach das Vermögen selbst vermindert wurde, den Sieg erschwerte. Die Schulden des *Pekuliums* haben keine Beziehung auf irgend eine bestimmte *Pekulien*sache; die Verwendungen auf die *Dos* dagegen geschehen der Natur des Verhältnisses nach zu-

nächst immer auf einzelne Dotalgegenstände; sie stehen daher mit diesen in Connexität. Gerade darum hatte die Theorie, wonach die körperlichen Sachen ganz oder zum Theil durch jene Auslagen aus der Dos austraten, etwas Plausibles und Bestechendes, wenn sie auch dem eigentlichen Gedanken des Rechtsfages, wonach der Zuwachs zum Vermögen des Mannes gemindert werden soll, nicht entspricht. Sie muß zahlreiche Anhänger gefunden haben, da Ulpian eifrig gegen sie polemisirte.

Und sie mußte nicht nur theoretische Wichtigkeit, sondern auch praktische Bedeutung haben. Wer annahm, daß die Verwendungen auf einzelnen Sachen ruhten und daß diese deshalb nach Verhältnis aus dem Dotalvermögen getreten waren, der mußte hernach dem Manne ein unbedingtes Recht an der ausgetretenen Sache, namentlich auch die Veräußerungsbefugniß zugestehen, dagegen mußte er consequenterweise den Schluß machen, daß der Mann an dem übrigen Dotalvermögen keinen Anspruch habe, wenn er auch allmählig weit mehr als die Sache werth war, auf sie verwendet hatte, daß er keine Entschädigung erhielt, wenn jene Sache völlig unterging. Dieselbe war durch die Aufwendung gleichsam für ihn erworben und stand auf seine Gefahr. Diese Consequenzen verwarf die entgegengesetzte Theorie ¹⁾.

Wer aber auch vom richtigen Prinzip ausging, dotis non corporum sit deminutio (Ulpian. fr. 5. D. de imp.), wer wie Paulus die Dos und was in dote ist (fr. 56 §. 3 D. de jure dot.) genau unterscheidet, der hatte, — wenn die Dos nicht aus Forderungsrechten bestand, die einen Abzug dulden — noch immer eine schwierige Aufgabe zu lösen. Denn es fand

1) Cfr. fr. 4. D. de imp. in res dot., abgebr. S. 112.

sich nun eine Differenz zwischen dem Betrage der ideellen Dos und der Masse der inferirten körperlichen Sachen; die erstere war durch eine Schuld, die auf ihr ruhte¹⁾, vermindert, die letzteren blieben in gleichem Bestande. Dies mußte ausgeglichen werden und zwar so, daß die Frau nicht mehr erhalten durfte, als ihre Dos betrug und die Dotalsachen doch unverändert blieben.

Noch wirkten Mittelmeinungen störend ein, wie sie sich leicht beim Uebergange von der einen Theorie zur anderen bilden und freilich dann nicht sowohl auf einem bestimmten Prinzipie, als auf Zweckmäßigkeitsgründen und der Absicht zu vermitteln beruhen. Eine solche Meinung hat, wie wir sehen werden, *Scävola* (fr. 56 § 3 cit.) aufgestellt; ohne die Auffassung im Ganzen zu theilen, wonach die einzelnen Dotalsachen durch Verwendungen belastet wurden, glaubte er sie doch in einem speziellen Falle beibehalten zu dürfen, wo sie ihm gerade billig schien.

Wie sich nun die römische Jurisprudenz ihren Weg bahnte, darüber geben drei Stellen in der justinianeischen Compilation, — wenn auch nicht vollständigen — Aufschluß; zwei, fr. 4 §. 4 D. de dote praeleg. 33, 4. fr. 5 D. de imp. in res dot. 25, 1, sind von *Ulpian*, eine, fr. 56 §. 3 D. de jure dot., von *Paulus*. Ihre Interpretation wird das bisher Ausgeführte bestätigen, näher bestimmen und Manches noch nicht Erörterte in Anregung bringen.

1) Fr. 4 §. 4 D. de dote praelegata. *Ulpianus* libro 49 ad *Sabinum*. *Impensae autem dotem ipso jure minuunt* —

1) Daß die Dos auch sonst gewissermaßen Schulden haben kann, bezeugt *Julianus* fr. 19 D. de relig. 11, 7. *Impensa enim funeris aes alienum dotis est.*

sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora sed ad universitatem erit referendum.

In den Pandekten stehen diese Worte außer allem Zusammenhange mit dem vorgehenden oder dem folgenden Paragraphen; die Mittelglieder wurden von den Compilatoren gestrichen; zwischen dem ersten und dem zweiten Satze der Stelle befand sich ohne Zweifel eine längere Ausführung, die gleichfalls ausgemerzt wurde; mit den Worten sed quod diximus wird auf einen früher ausgesprochenen Gedanken hingewiesen, zu dem noch eine Bemerkung nachgetragen wird. Aber wir sehen doch noch, daß Ulpian der Ansicht war, daß die Dos im Begriffe gemindert werde, und durch die Haltung der Stelle (erit referendum) wird immer noch unzweideutig angedeutet, daß auch gegentheilige, unrichtige Ansichten existirten.

2) Fr. 5 D. de impensis in res dot. factis. Ulpianus liber 36 ad Sabinum. Hier hat der Jurist seine Auffassung wahrscheinlich ausführlicher darzuthun und zu erweisen gesucht; aber auch von dieser Erörterung ist uns leider wohl nur ein Auszug erhalten.

Quod dicitur impensas necessarias dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter minuantur, utputa fundus vel quodcunque corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. — ceterum haec res efficiet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus.) Manebit ergo maritus in rerum detentatione, donec ei satis fiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aesti-

mata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint, ceterum si extrinsecus non imminuent dotem.

Der Sinn dieser schwierigen Stelle war von jeher bestritten. Selbst darüber, zu welchem Resultat Ulpian bei seiner Erörterung gelangte, stehen sich entgegengesetzte Ansichten gegenüber. In früherer Zeit hat man meistens angenommen, der Jurist entscheide sich nach einigem Schwanken mit den Worten: ceterum haec res faciet ¹⁾ gerade dafür, daß die einzelnen körperlichen Dotalsachen wegen der auf sie gemachten Verwendungen aus der Dos austreten. Man hat dabei nicht beachtet, daß er dadurch in Widerspruch mit seinem Ausspruche in fr. 4 D. de dote prael. treten würde, wo er ausdrücklich bezeugt hat, daß sich die Minderung der Dos auf das ideelle Ganze nicht auf die einzelnen Sachen bezöge. Dagegen hat man den Widerspruch, in den Ulpian mit der Stelle des Paulus fr. 56 D. de jure dot. gerathen würde, die gleichfalls von unserem Verhältnisse handelt, auf verschiedene Weise zu lösen gesucht. Anton Faber, Vest, Majansius dachten ihn, Jeder in seiner Art, zu beseitigen ²⁾.

Andere dagegen leugneten jene Antinomie, sie behaupteten mit Recht, daß Ulpian gerade umgekehrt auch hier den Satz vertheidige, daß nicht die körperlichen Dotalsachen, sondern die Dos als Vermögens Ganzes vermindert werde. Und

1) Die Glossatoren differirten in ihren Ansichten, Viele haben wohl das Verhältniß ziemlich richtig aufgefaßt. Accursius hat Nichtiges und Falsches zusammengestellt. Gloss. Acc. ad. h. locum.

2) Ein Referat der verschiedenen Meinungen findet man bei Glück Ob. 27 S. 400 u. f. gnde.

sie suchten den Anstand, den man in den Worten *ceterum haec res faciet* fand, dadurch wegzuräumen, daß sie *ceterum* als außerdem (*alioquin*) auffaßten ¹⁾. Zwei Gründe, nahmen sie an, stelle *Ulpian* zur Widerlegung der Gegenbehauptung auf, wonach die nothwendigen Verwendungen die einzelnen *Dotalsachen* erfassen. Er habe zuerst nachgewiesen, daß dieselbe absurd sei, er wolle zum zweiten zeigen, daß nach ihr jene *Sachen* aufhörten *total* zu sein und damit andeuten, daß jene Ansicht auch gegen das *Veräußerungsverbot* der *lex Julia* verstöße.

Wir gestehen, daß wir uns auch mit dieser Erklärung nicht befreunden können. *Ulpian* soll eine Ansicht zuerst für absurd erklären, dann aber statt sich nicht länger bei ihr aufzuhalten, zu weiterem Gegenbeweis ihre natürliche, an und für sich nicht unmbgliche Consequenz gezogen haben und damit, etwa achselzuckend, zu verstehen geben, sie sei doch auch sehr bedenklich und verstöße gegen die *lex Julia*. Dies scheint uns undenkbar.

Es wird einer ins Einzelne gehende Interpretation bedürfen, um uns ins Klare zu setzen. Wir werden dabei finden, daß unsere Stelle in zwei Abschnitte zerfällt; im ersten sucht der Jurist das richtige Prinzip, daß das „Vermögensganze“ durch Verwendungen vermindert werde, festzustellen (*bis manebit ergo*), im zweiten führt er es dann durch und zeigt, wie die Collision zu lösen ist, die durch solche Auslagen zwischen dem Betrage der *Dos* und dem Betrage der *Dotalsachen* entstand.

Quod dicitur. . . Ulpian hat wohl gerade bei *S a b i*

¹⁾ *Baslett*, *Abh.* S. 33. *Glück* *Bd.* 27 S. 412; auch wie *Glück* bemerkt, schon *Aeltere*, z. B. *Goveanus*, var. loc. c. 1 in f. — Mehr auf dem richtigen Wege: *Tigerström* *Bd.* 2. S. 263, *Ann.* 47.

nus, den er kommentirt, unseren Satz gefunden und knüpft daran eine Erläuterung; zur genauen Feststellung seiner Bedeutung schlägt er — und diese Notiz ist wichtig, um den Zeitpunkt der Erkenntniß des richtigeren Prinzips zu fixiren — denselben Gang ein, wie Pomponius in seinem Commentar.

Non ut ipsae res corporaliter. . . . Jener Satz kann — davon geht er aus — auf keinen Fall heißen, daß die einzelnen Dotal Sachen, ein Grundstück oder ein anderer Körper körperlich, corporaliter, durch jene Verwendungen (propter pecuniam) verkleinert würden, etwa so, wie wenn Theile derselben durch Abulston von den Dotal Sachen weggerissen würden; denn das wäre eine unsinnige Behauptung, die der äußeren Naturwahrheit widerspräche.

Ceterum ¹⁾ haec res. . . . „Nur (ceterum) diese absurde Ansicht (haec res) könnte (aber zu suppl.) zu dem Rechtsätze führen (efficiet), daß die einzelnen Dotal Sachen durch die auf sie gemachten Verwendungen aufhörten dotal zu sein.“ Jene Annahme, daß die Dotal Sachen durch Verwendungen körperlich verkleinert würden, ist freilich an und für sich nichts weniger, als identisch mit dem Satze: daß die Dotal Sachen durch Verwendungen aufhörten dotal zu sein; aber — war der Gedanke des Juristen — gibt man einmal zu, daß durch die Verwendungen auf die Dos keine körperliche Veränderung der Dotal Sachen erfolge — und dies ist ja abgeschmackt — so ist weiter zuzugeben, daß nur der Begriff des Zuwachses, das eingebrachte Vermögensganze, die universitas, verändert sei. Etwas Drittes ist nicht zu denken. Und nimmt man einmal an, daß die Verwendungen auf dem Dotalvermögen selbst ruhen, so

1) Ceterum erklärt die Stoffe richtig: si hoc admitteremus: Jo.

ist gar kein Grund vorhanden zu behaupten, daß gerade die einzelnen Sachen, auf welche sie gemacht wurden, durch dieselben ihren dotalen Charakter verlören. Die Auffassung von *Ulpian* ist demnach eine logische Folge der Sonderung der körperlichen Sachen und des Vermögensganzen. — Jetzt kann er zur Anwendung des Grundsatzes im Einzelnen übergehen.

Manebit ergo. . . . Nun entsteht freilich eine Collision in Fällen, in welchen bloß körperliche Sachen in der *Dos* sind; die *Dos* ist verändert, die körperlichen Sachen bleiben im alten Zustande (*dotis non corporis fit deminutio*). Sie ist dadurch zu beseitigen, daß man dem Manne die *detentatio* der *Dotalsachen* so lange beläßt, bis die Frau die *Verwendungen* ersetzt und daß man ihm so das Recht gibt, durch die körperlichen Sachen die Ausgleichung jener *Minderung* der *Dos* zu erzwingen.

Ubi ergo. . . . Wo findet sich denn nun eine unmittelbare Durchführung des Satzes (*ubi admittimus*), fährt er fort, daß die *Dos* *ipso jure* vermindert werde? Wo nicht nur körperliche Sachen, sondern reine Vermögensrechte ¹⁾ (*pecunia*) den Gegenstand der *Dos* bilden, denn reine Vermögensrechte können einen Abzug der *Auslagen* des Mannes dulden.

Proinde si. . . . Eine solche *Verminderung* tritt zum Beispiel ein, wenn die körperlichen Sachen *ästimirt* zur *Dos* gegeben worden sind; freilich nur dann, wenn die *Aestimatio* bloß *taxationis causa* geschah; denn wenn die *Aestimatio* behufs eines *Verkaufs* vorgenommen ist, so besteht die *Dos* in der *ästimirten Summe*, die körperlichen Sachen gelten als *verkauft*

1) *pecunia*, das bewegliche Vermögen im Gegensatze zu *corpora* öfter, z. B. fr. 5 §. 9 D. de rebus eorum 27, 9.

und der Mann kann keinen Ersatz der auf sie gemachten Verwendungen verlangen ¹⁾).

Hoc de his impensis. . . . Alles was bisher ausgeführt wurde, bezieht sich aber, schließt Ulpian, nur auf die Verwendungen, die dem Dotialvermögen zu Gute kamen, nicht aber auf solche, die des Fruchtgewinnes wegen gemacht sind; die Dos wurde durch sie nicht berührt ²⁾).

Mit der bisher besprochenen Controverse stand eine andere in Verbindung, zu deren Entscheidung der Jurist sofort im folgenden Paragraphen übergeht und die wir erst näher ins Auge fassen müssen, ehe wir zur Erklärung der dritten Stelle von Paulus übergehen können.

Es frug sich nämlich, wie sich die Dotialverhältnisse gestalten, wenn die Frau später dem Manne das für die Verwendungen verausgabte Geld ersetzt hatte. Auch darüber bestanden Meinungsverschiedenheiten, die Einen sahen darin ein „crescere“, die Anderen ein „ex integro dare“ der Dos.

Welchen Sinn nun aber die Alten mit diesen Ausdrücken verbunden haben, steht unter den Interpreten durchaus nicht fest. Die meisten ³⁾ finden durch die Phrase „dos crescit“ den Satz ausgesprochen: „es werde nun eine zweite Dos durch

1) Fr. 52. fr. 69 §. 7 D. de jure dotium 23, 3. Anders Pothier, Pand. Just. tom. II. h. t. n. 6; er meint, die Restimationssumme werde wegen Verwendungen gemindert, quae factae sunt in alia corpora dotalia inaestimata; dies ist gleichfalls denkbar.

2) Salett S. 25 meint, es werde hier die Anrechnung von Verwendungen auf das Paraphernalgut ausgeschlossen; da er jedoch in der minutio dotis nur eine Compensation sieht, so glaubt er, daß die Verwendungen auf die Paraphernen auch „ganz nach den für die impensae in dotem vorgetragenen Grundsätzen zu behandeln seien.“

3) Donellus, comm. juris civ. lib. 14, c. 8 §. 7. Glück, Comm. Bb. 27 S. 408.

Einzahlung der Verbindungen bestellt“; in dem Ausdruck „dos ex integro datur“ soll dagegen der Sinn liegen, „es werde die alte Dos wiederhergestellt, in integrum restituit.“ So interpretiren schon die Scholien der Basiliken jene Worte ¹⁾, und darauf besonders stützen sich die Anhänger dieser Auffassung. Wir können gleichwohl diese Erklärung nicht für richtig halten. Der Ausdruck „dos ex integro datur“ heißt offenbar, es wird eine Dos von neuem, vom jetzigen Moment an gegeben, die umgekehrte Deutung, die alte Dos werde in integrum restituit, entspricht weder den Sprachregeln noch sonstigen Analogien. Auf der anderen Seite bezeichnet das Wort „crescit“ nur, daß sich die Dos vermehrt, drückt aber durchaus nicht den Gedanken aus, daß eine neue Dos zur alten hinzugekommen sei.

Die Sache verhält sich demnach umgekehrt, wie jene Scholien annahmen ²⁾. Wer der Ansicht war, daß in der Einzahlung der Verbindungen die Bestellung einer neuen zweiten Dos liege, mußte sich des Ausdrucks dos ex integro datur bedienen; wer behauptete, die alte Dos sei wieder zu früherer Höhe angewachsen, drückte dies durch den Satz aus: dos crescit.

Die erste Ansicht ist die materiellere und greifbarere; sie berücksichtigt hauptsächlich den äußeren Vorgang. Der Mann erhält im Augenblick der Einzahlung einen neuen Zuschuß zu den ehelichen Lasten, man datirt daher von diesem Moment an eine neue Dos. Diese Auffassung mußte namentlich von denen getheilt werden, welche keine Verminderung der Dos als eines Vermögensganzen, sondern der einzelnen Sachen annahmen;

1) Schol. ad Basilic. ed Fabrot tom. IV. 420. not. i. p.

2) So auch Balett Abh. S. 44.

wie richtig auch im praktischen Resultate der Satz war, daß die Frau statt nach der Absicht ihr Grundstück wieder zu erhalten, nur das eingezahlte Geld in dots hatte, so konnten sie sich ihm ohne Inkonsequenz nicht entziehen.

Die zweite Ansicht sieht mehr auf die Absicht der Parteien. In ihrer Intention lag nicht, eine neue Dos zu konstituiren, sondern die eingetretene Veränderung auszugleichen. Demgemäß konstruirte man das Verhältniß, man nahm eine Wiederaufhebung der „Verminderung“ an, das Wachsen durch die Einzahlung „crescere“ vernichtet die Einbuße „minuere“ durch die Verwendungen, und die alte Dos steht demnach wieder auf dem alten Niveau. Consequenterweise konnte diese Theorie nur vertheidigen, wer eine Minderung der Dos als eines Vermögensganzen, nicht aber der einzelnen Dotalsachen annahm.

Daß jede diese beiden Theorien im einzelnen Falle zu verschiedenen Resultaten führte, ist selbstverständlich. Wäre etwa der Frau bei der ursprünglichen Bestellung ein Pfandrecht bestellt worden und es hätte sich nun die Frage erhoben, ob dies auch den später inferirten Erfaß schütze, so würde sie nach jenen Doktrinen in verschiedener Weise zu entscheiden sein.

Für die letztere, die geistigere Auffassung, haben sich die späteren Juristen entschieden. Ulpian fährt in der oben citirten Stelle fort:

§. 1. Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat an „vero dicimus“ ex integro videri dotem? Et ego ubi pecunia data est non dubito dotem videri crevisse.

Ulpian stellt seine Ansicht einer anderen entgegen, die er wahrscheinlich bei dem alten Sabinus vorfand. Er für seine Person hält es für zweifellos, daß man annehmen

zur früheren Höhe
erfolgt ist¹⁾.
unserer Verhältnisse
de jure dotium

pflegten die römi-
Controversen einzu-
Componius hatten
und Paulus prüft,
seiner Vorgänger,
soren in Betracht²⁾.
Ansicht, die Ulpian
Blick auf das, was
bet haben.

ipso jure dotem
fundus in dote sit,
sed, nisi impensa
neatur. — Sed si
sit per partes,
aleum esse, Scae-
onte intra annum
et fundus in dote

Qatoander und ber
antina läßt „data“ weg;
dann wieder zu früh-
rderung in dote war,

Zimmern, Rechts-

sit et necessariae impensae in fundum factae, Nerva autem dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum dos crescat, an ex integro data videbitur? Cujus rei manifestior iniquitas est in fundo secundum Scaevolae nostri sententiam. Nam si desinit dotalis esse, poterit alienari, rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio ejus inhi-beatur.

Auch diese Stelle, die nicht minder schwierig ist, als die Erörterung von Ulpian, bedarf einer genaueren Erklärung.

Quod dicitur. . . . Paulus stellt zuvörderst seine eigene Ansicht auf; das Rechtsprüchwort, daß die Dos durch Impensen minuiert werde, führt in seiner praktischen Durchführung nicht dahin (non eo pertinet), daß das Grundstück, das gerade in dote ist ¹⁾, zu irgend einem Theile (aliqua ex parte) aufhöre „dotal zu sein“, sondern es gibt dem Manne nur die Berechtigung, den fundus ganz oder zum Theil zurückzuhalten, wenn ihm seine Auslagen nicht ersetzt werden.

Sed si. . . . Aber freilich war Scaevola, so berichtet er weiter, zum Theil anderer Ansicht. Im Ganzen hat zwar auch er die alte Auffassung nicht mehr getheilt, wonach Verwendungen die einzelnen Dotalsachen belasteten, er sah ein, daß nur das Dotalvermögen an und für sich vermindert werde; in- dessen glaubte er doch in einem speziellen Falle die alte Theorie

1) Um hier den Gegensatz recht zu fühlen, erinnere man sich an Seneca, hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt §. 122, Ann. 3.

beibehalten zu dürfen. Das inferirte Grundstück verliert nach seiner Behauptung dann seinen totalen Charakter, wenn allmählig so viel aufgewendet wurde, als das Grundstück werth ist, vorausgesetzt indessen, daß die Frau dem Manne den Betrag nicht innerhalb eines Jahres freiwillig offerirt hat. Diese Ansicht beruht, wie die zahlreichen Verlauselungen darthun, nicht auf einem allgemeinen Principe, sondern auf Zweckmäßigkeitsgründen; man glaubte annehmen zu dürfen, daß der Frau, die innerhalb eines Jahres nicht offerirt hat, an dem Grundstücke nichts gelegen sei¹⁾; es verliert demnach seinen Totalcharakter, weitere Verwendungen fallen ihr nicht mehr zur Last; sie braucht die Auslagen auch dann nicht aus der übrigen Dos zu ersetzen, wenn die verbesserte Sache später unterging.

Si pecunia. . . Richtiger hat indessen *Nerva* entschieden; er hat sich wenigstens dafür erklärt, daß dann, wenn Geldansprüche und körperliche Sachen in der Dos seien, die Geldforderung durch Verwendungen auf die Dos vermindert werde, nicht aber die körperlichen Sachen, trotzdem, daß die Verwendungen zunächst auf sie gemacht seien.

Quid ergo, . . . Aber auch *Paulus* macht darauf aufmerksam, wie gerade vom praktischen Standpunkte aus die Theorie von *Scävola* gefährlich und schwierig ist. Er benützt diese Gelegenheit, um sie jedenfalls in dem Punkte, in dem sie zu Härten führen könnte, zu beseitigen. — Wenn die Frau ihrem Manne die Verwendungen wieder eingezahlt hat, so entsteht die Frage,

1) Aehnlich *Merenda* *controv. loc. cit. tit. 3 c. 3. 10.* Best *loc. cit. §. 204.* praestat uxori, talem rem pro derelicto esse habitam. Künstlich, aber verfehrt die Erklärung von *Majansius* *disp. loc. cit. §. 430. n. 7 in fine.*

ob die Dos anwächst, oder ob man annehmen soll, es werde ex integro eine Dos konstituiert. „Die Behandlung dieses Verhältnisses nach Scävola's Ansicht ist sehr schwierig und führt offenbar zur Unbilligkeit.“

Nam si desinit esse dotalis poterit alienari, rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? . . . denn wenn das Grundstück nach Ablauf des Jahres aus der Dos getreten ist, konnte es sogar veräußert werden; damit ist die Ansicht unvereinbar, wonach durch eine spätere Einzahlung die Dos wieder zum früheren Bestande anwächst und das Dotalgrundstück wieder den Dotalcharakter annimmt.

An jam pecunia in dote sit. . . Man wird also zu der Konsequenz gedrängt, daß in der Einzahlung eine neue Dosbestellung liegt; dann wäre aber das eingezahlte Geld, der Dotalgegenstand, ganz gegen die Absicht der Partheien, welche die Verwendungen tilgen und das Grundstück in der Dos belassen wollten.

Et magis est. . . Man muß demnach, selbst wenn man an der Theorie Scävola's festhält, doch annehmen, daß die Dos durch die Einzahlung zu früherem Bestande anwächst, die Dotalsachen also wieder in sie eintreten, inzwischen aber jede Veräußerung derselben verbieten. — Damit wird freilich die Ansicht Scävola's in einer Weise modifizirt, wodurch sie der Frau nicht mehr gefährlich ist, in der That aber auch in ihrer wichtigsten Beziehung ihren eigentlichen Charakter verliert. Der Mann erhält während der Ehe nicht mehr Rechte an dem Grundstücke, als er bereits besaß und er hat nur den Vortheil, daß ihm bei der Auflösung der Ehe das Eigenthum ohne weitere Zuthellung verbleibt, falls ihm in diesem Augenblicke die Kosten der Verwendungen noch nicht ersetzt sind.

Indeß ist diese Modifikation nur hypothetisch; wenn auch Paulus darauf eingeht, wie sich die Verhältnisse nach Scävola's Ansicht gestalten könnten, so hat er sie darum noch nicht adoptirt; er bleibt ihr gegenüber immer nur der Referent, der die Ansichten seines Lehrers mehr dadurch widerlegt, daß er auf ihre Bedenken aufmerksam macht, als daß er sie als irrig verwirft. Als letztes Wort der römischen Jurisprudenz, als justinianeisches Recht ist sie daher nicht zu betrachten. Dies ist auch die Meinung von Cujacius ¹⁾ gewesen, welcher glaubt, daß weder Paulus, noch irgend Jemand anders die Meinung des Scävola jemals gebilligt habe oder jemals habe billigen können.

Als Resultat unserer Prüfung ergeben sich demnach im Ganzen folgende Sätze. Das Axiom, daß die Dos ipso jure minuitur werde, bezeichnet in der ausgebildeten Jurisprudenz eine Minderung des Totalvermögens, nicht der einzelnen Total-sachen. Besteht jedoch die Dos aus vermögensrechtlichen Ansprüchen, so tritt ein Abzug der für die Verwendungen ausgelegten Summen sofort ein; besteht sie aber aus körperlichen Sachen, so bleiben diese total und das Mittel, wodurch die Differenz ausgeglichen wird, die sich zwischen der Masse der Totalsachen und der Dos findet, liegt in der Zurückhaltung der Totalsachen, wodurch die Frau gezwungen wird, die Verwendungen abzutragen.

Diese Sätze wie die erörterten Stellen regeln indessen nur das

1) Cujacius, ad tit. de dote praeleg. Opera X. 1933. Vergl. auch das Basiliensolium Fabr. tom IV. S. 600 o. — Früher obs. lib. 23 c. 12. fand Cujacius in dem Ausspruche Scävola's eine Interpolation Tribonian's. Für praktisch hält die Mittelmeinung Scävola's u. A. Sintonis, gem. Civiltrecht III. S. 66.

Verhältniß, wie es sich während der Ehe oder auch nach deren Auflösung bis zum Prozeß gestaltet. Die Dazwischenkunft eines Richters mußte aber noch auf seine Ordnung vom bedeutendsten Einfluß sein. Denn dieser konnte, namentlich dann, wenn die Frau nicht im Stande war, die Verwendungen aus ihrem Vermögen zu ersetzen, die Minderung der Dos, die Ausgleichung der beiderseitigen Ansprüche auf die verschiedenste Weise realisiren, indem er entweder den Verkauf der Dotalgüter veranlaßte und dann den Mann aus dem Erlös befriedigen ließ oder dem Manne nur die Restitution eines entsprechenden Theiles anbefahl u. s. f. ¹⁾ Von dieser Macht des Richters werden wir noch später ausführlicher zu reden haben.

Hatte der Mann außergerichtlich die körperlichen Dotalsachen restituirt, ehe ihm die Verwendungen ersetzt wurden, so begab er sich dadurch jedes Mittels die „Minderung der Dos“ zu verwirklichen. Er hätte mit den körperlichen Sachen durch Retention wohl Ersatz der Verwendungen erzwingen können, er kann aber nicht sagen, daß er durch Restitution der körperlichen Dotalsachen, ein indebitum zahlte, wenn auch die Dos vermindert war. Dennoch hat man ihm aus Billigkeit eine *condictio sine causa* gegeben, mit der er das eintreiben kann, um was die Frau durch die Nichtanrechnung seiner Verwendungen bereichert ist ²⁾.

§. 15.

Die übrigen retentiones ex dote.

Wir waren oben (§. 11 a. G.) im Begriffe, von den Abzugsrechten zu sprechen, deren Zulassung sich aus der besonde-

1) Arg. fr. 8 D. de impens. 25, 1. Vergl. §. 16 S. 161, daher der Ausdruck *compensari*. fr. 5 §. 2 D. h. t.

2) Fr. 5 §. 2 D. de impens. Si dos tota soluta sit non habita

ren Natur der Dotalklage erklärt, als uns jene eigenthümliche Art von *retentio* aufstieß, die in einer Minderung der *Dos* selbst ihren Grund hat und die wir, veranlaßt durch die Schwierigkeiten, die uns begegneten, ins Einzelne hinein verfolgten. Wir wenden uns jetzt wieder zu den Gegenansprüchen, die zwar die Integrität der *Dos* unberührt lassen, die aber bei der Dotalklage zur Sprache kamen, weil der Arbitrer angewiesen war, alle Verhältnisse zu berücksichtigen, die ihm berücksichtigungswerth erschienen ¹⁾.

In früherer Zeit hat sich auch in Bezug darauf Alles nach dem Befinden des Richters normirt, welcher der Frau erst eine Berechtigung formte; als aber nach und nach der Anspruch auf Rückgabe der *Dos* immer bestimmter anerkannt wurde, traten auf der anderen Seite die Gegenrechte des Mannes — die Befugniß in Terminen zu zahlen, das *beneficium competentiae*, unsere *retentiones ex dote* ²⁾ — immer deutlicher heraus und nahmen eine feste juristische Gestalt an.

In der klassischen Zeit hatten sich fünf bestimmte Gründe festgestellt, wegen deren dem Manne ein Abzugsrecht zugestanden wurde. *Ulp. fragm. VI., 9. retentiones fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas.*

ratione impensarum videndum est an condici possit, id quod pro impensis necessariis compensari solet; et Marcellus admittit conditioni esse locum; sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

1) Vergl. §. 106.

2) *Cic. Top. c. 17. Jurisconsulti tradiderunt, quid virum uxori quid uxorem viro praestare oporteret. — Beneficium comp. und retentio werden zusammenbehandelt §. 37. J. de act. 4, 6. fr. 15 §. 1 D. sol. matr. 24, 8.*

Gemeinsam ist diesen retentiones, daß sie alle wie die Dotalforderung in dem ehelichen Verhältnisse ihre Veranlassung haben, im Einzelnen sind sie außerordentlich verschieden. Die retentiones propter liberos und die propter mores haben ihren Grund in Vergehen der Frau und eine gewisse Ähnlichkeit mit Poenalklagen; bei den andern dagegen tritt das vermögensrechtliche Element stärker hervor, es liegen hier wahre Gegenansprüche zu Grund, welche aber nur zum Abzuge, nicht zur Klage berechtigen. Die Abzugsrechte der ersten Art bezeichnen die Römer als solche quae ad morum coercionem, die der letzteren als solche quae ad pecuniariam causam respiciunt, erstere gehen mit dem Tode des Mannes unter, letztere stehen auch den Erben zu ¹⁾. Beide Arten haben wir kennen zu lernen, doch werden wir uns bei den Strafabzügen kürzer zu fassen suchen.

I. *retentio ob mores*. In früherer Zeit war jede Rückforderung versagt, wenn die Ehe wegen groben Vergehens aufgelöst war, daher wird so oft von einem *dotis mulctare, spoliare* ²⁾ gesprochen; bei entschuldbareren Vergehen setzte der Richter die Rate fest, welche die Frau zur Strafe verlor. Später hat dies eine *lex*, ohne Zweifel die *lex Papia Poppaea* ³⁾, anders normirt. Der Mann soll nur noch das Recht haben, bei

1) Fr. 15 §. 1 D. soluto matr. 24, 3. *Hereditati mariti licet in solidum condemnatur, compensationes, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas; morum vero coercionem non habet.*

2) Plinius hist. nat. 14, 23. Val. Max. VIII. 2 §. 3. Gell. X, 23. A. Aufsicht zum Theil Haffs, Güterrecht der Eheg. S. 180, Anm. 36.

3) Wächter, Ehecheidung S. 165. cfr. fr. 19 D. de verb. obl. 45, 1. fr. 39 D. sol. matr. 24, 3. c. ult. C. de repud. 5, 16. nov. Theod. II. tit. 17.

schwerem Fehl d. h. Ehebruch ein Sechstel, bei leichtem ein Achtel ¹⁾ von der Dos abzugiehen. So steht freilich Strafe und Schuld durchaus in keinem Verhältniß mehr, aber diese Bestimmung, wodurch die Dos der Frau so unverkümmert als möglich erhalten wird, erklärt sich aus der Tendenz, die jenes Gesetz mit Hintansetzung jeder höheren Rücksicht verfolgte, den Abschluß einer zweiten Ehe zu erleichtern ²⁾. Scheidungen, die durch Vergehen des Mannes veranlaßt waren, wurden durch Zwang zur Restitution vor dem gesetzlichen Termine gestraft ³⁾. Hatten sich beide Ehegatten vergangen, so fand Compensation ihrer Vergehen statt.

Papinianus lib. II. quaestionum. fr. 39 D. soluto matr. Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse invicem pronuntiatum est: id ita accipi ut ea lege, quam ambo contemserant, neuter vindicetur, paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.

Beide Theile haben den ehelichen Pflichten, die gewissermaßen durch Gegenseitigkeit bedingt sind, zuwidergehandelt, den Geist einer wahren Ehe verkannt; keiner kann sich über den anderen beklagen. Verkehrt ist es, wenn die Neueren in dem Aussprüche Papinians den allgemeinen Grundsatz finden wollen, daß sich gleiche Delikte, auch wenn sie nicht in einer Verbindung zu einander stehen, gegen einander aufheben ⁴⁾.

1) Ulp. fragm. VI, §. 12. —

2) Daber Paulus fr. 5. pr. D. de pact. dotalibus. Illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur. Wächter S. 170 erklärt also wohl mit Unrecht „vel plus“ für Einschlebsel eines Abschreibers.

3) Ulp. fragm. VI §. 13.

4) Es ist überhaupt falsch, wenn Viele, gestützt auf diese und ähnliche Stellen als allgemeines Prinzip aufstellen, daß sich gleichartige Delikte, deren sich zwei Personen gegeneinander schuldig machten, compen-

Neben dem Abzuge findet sich eine *actio de moribus*, deren Wesen und deren Verhältniß zum Abzugsrecht durchaus räthselhaft ist. Erst Justinian hat sie drei Jahre nach Abschaffung der *retentiones ob mores* aufgehoben. Sie ging vielleicht auf Strafe in Fällen, in denen eine Dos nicht bestellt war ¹⁾.

II. Aus alter Zeit stammen auch die *retentiones ob liberos*, die schon Cicero erwähnt ²⁾. Sie standen dem Manne zu, wenn ihm Kinder verblieben und die Ehe durch Schuld der Frau oder des Vaters, der sie in der Gewalt hatte, getrennt war; er durfte für jedes Kind ein Sechstel der Dos retiniren ³⁾,

sirten (z. B. Glü c. Vb. 15 S. 68, zum Theil Krug, Compens. S. 138, Harrter S. 137 u. fgnbe.). Vielmehr ist immer ein besonderes Verhältniß vorausgesetzt, in welchem die Strafbarkeit des einen Theils gewissermaßen als durch die Unschuld des anderen Theils bedingt erscheint; vergl. S. 12, Anm. 1. Dies ist offenbar in fr. 3 §. 3 D. de eo per quem factum erit 2, 10 der Fall, nach welchem aus einer *cautio iudicio sisti*, die durch doppelten Betrug committirt wurde, nicht geklagt werden soll, ferner in fr. 57 §. 3 D. de contr. emt. 18, 1, wo sich die Ansprüche aus einem Kaufgeschäft wegen des Dolus beider Theile kompensiren, und ebenso in fr. 2 D. rer. am. 25, 2, wornach Ehegatten, die wechselseitig Sachen veruntreueten, des Schutzes der *a. amotarum* verlustig gehen sollen. — Aber ganz gerade so verhält es sich auch in fr. 66 D. de dolo malo. Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent, wo der Jurist durchaus nicht wie Krug annimmt, verschiedene doloſe Handlungen im Auge hat, sondern ein Geschäft, in dem beide dolos handelten. — Ein Betrug, ein Diebstahl kompensirt sich daher nicht mit einem späteren Betrug oder Diebstahl; fr. 10. §. 2 D. de comp. gehört gar nicht hierher. In der Folge werden wir noch eine eigenthümliche Compensation der Nachlässigkeit bei der Societät kennen lernen.

1) Versch. Anf. bei Wächter, Ehescheidung S. 169, dann bei Tige rström Vb. 2 S. 244. Ein Eingehen auf dieses Institut wäre hier nicht am Orte.

2) Cicero Topica c. 4. Bei Boethius in comm. h. l. lib. II. p. 782 eine Stelle von Paulus Institutionum libri secundi titulo de dotibus.

3) Fragm. Vat. §. 105 §. 107. Ulp. fragm. VI. 10.

doch so, daß der Abzug nie mehr als die Hälfte der Dos betrug. Bei Scheidung durch Schuld des Mannes oder *divortium bona gratia* fiel dieser gesetzliche Abzug weg ¹⁾. War aber die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst, so durfte der Mann von der *dos prosectitia* ²⁾, die der Besteller zurückfordern konnte, ohne Beschränkung für das Haupt eines jeden Kindes ein Fünftel abziehen. Das Prinzip der *lex Papia*, das Kinderzeugen zu begünstigen und zu belohnen, liegt hier unverkennbar zu Grunde.

III. *Retentiones ob res amotas*. Rechtlich hat die Frau an dem Vermögen ihres Ehemannes keinen Anspruch; verwendet sie daher Sachen aus demselben, so begeht sie dem juristischen Begriffe nach ein *furtum* an demselben, wie jeder Dritte. Faktisch aber besteht eine Gemeinschaft des Vermögens zwischen Mann und Frau, die Sachen des Ehemannes sind auch die ihrigen, deshalb kann von Diebstahlsklagen gegen den Ehegatten, der sich etwas vom Eigenthum des Anderen aneignete, keine Rede sein, die *actio furti* und *condictio furtiva* blieben versagt. Wenn *Nerva* und *Proculus* weiter gingen und annahmen, es könne an und für sich kein *furtum* unter Ehegatten angenommen werden, *quia vitae societas quodammodo dominam eam faceret*, so beruht dies auf einer Verwechslung des juristischen und faktischen Standpunktes, welche mit Recht von den bedeutendsten Juristen getadelt und verworfen wurde ³⁾. Diese günstige Stellung, welche ihr das Eherecht

1) *Q.affe* S. 192. fr. 6. D. de divort. 24, 2, vergl. dazu fr. 7. D. sol. matr. 24, 3; beim *divortium bona gratia* regelte Alles — Convention.

2) *Ulp. fragm.* VI. §. 4.

3) *Fr.* 1 D. de act. rer. am. Rein äußerlich und unzureichend für die Ausschließung der *cond. furtiva* ist aber der später zum Ueberdruß

gab, sollte sie aber nicht missbrauchen, um mit Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung Sachen des Mannes zu entwenden. Zunächst half sich der Mann in solchem Falle durch Retorsion; er behielt von der Dos, die er herauszugeben hatte, gerade so viel zurück, als ihm entwendet war. Der Richter gestattete ihm dies um so eher, weil die Ungestraftheit der Entwendung wie die Dotalforderung, ihren Grund in dem Eheverhältnisse hatte ¹⁾.

Später proponirte man dem Manne, dem übrigens auch die rei vindic. zustand, eine eigene Klage, die a. rerum amotarum, durch welche er auch dann Ersatz erzwang, wenn keine Dos zu restituiren war; dabei lief aber das alte Rechtsmittel fortwährend neben dem neuen hin. Die Auffassung war nicht die, der Mann habe eine Forderung auf Rückgabe der entwendeten Sachen, die er agendo oder auch excipiendo geltend machen könne, sondern er habe zwei erlei Ansprüche, ein Abzugsrecht von der Dos und ein Forderungsrecht auf die Rückgabe der gestohlenen Sachen, das ihn zur Klage berechtige. Zwischen beiden Rechtsmitteln stand ihm die Wahl zu. Sie waren ganz selbstständig und er konnte daher, wenn er auch die Dos vollständig auszahlte, ohne Retention geltend zu machen oder sich Entschädigung wegen der entwendeten Sachen vorzuhalten, immer noch die a. rerum amotarum anstellen ²⁾.

wiederholte Grund (fr. 2. de eod. Gajus) in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.

1) Tryphonius fr. 52 D. de re judicata 42, 1 finbet, daß die actio rerum amotarum „praecedentis societatis vitae causam habuisse.“

2) Fr. 8 D. de act. rerum am. 25, 2. Pomponius libro 16 ad Sabinum. Si quum dos solveretur mulieri aut satis doti fieret, dictum non esset, actum iri rerum amotarum, nihilominus agi potest, nam et quum dos nulla sit, eadem actio detur.

Jedes dieser Rechte hatte seine besonderen Vorzüge, davon abzusehen, daß nach den faktischen Verhältnissen dem Manne bald das eine, bald das andere genehmer sein kann. Die Retention wegen der von der Frau entwendeten Sachen war auch dann anwendbar, wenn sie in väterlicher Gewalt stand und der Vater zugleich mit ihr die Dos einlagte. Ordnete sich das Verhältniß im Wege zweier gesonderter Klagen, so erhielt der Vater die ganze Dos; die *actio rerum amotarum* dagegen zwang ihn wegen der Entwendung der Tochter nur bis zum Betrage von deren *Pekulium* Rede zu stehen. In späterer Zeit benutzte man indessen dem Vater, der mit der Tochter gemeinsam klagen wollte, die *actio de dote*, wenn der Mann seine Entschädigungsansprüche mit besonderer Klage verfolgen wollte und ließ ihr nicht eher freien Lauf, bis er die Defension seiner Tochter gegen die *actio rerum amotarum in solidum* und unter Cautionsstellung übernahm ¹⁾.

Umgekehrt hatte das *judicium rerum amotarum* den Vortheil, daß man die Herausgabe der entwendeten Sache selbst erzwingen konnte und jedenfalls, wenn sich der Beklagte derselben entzog, den Werth durch ein *juramentum in litem* frei bestimmen durfte ²⁾. Machte man ob *res amotas* einen Abzug von der Dos, so nahm man damit Entschädigung in Anspruch und konnte jedenfalls nur den Sachwerth in Abzug bringen.

IV. Auch Schenkungen, die der Mann während der Ehe gemacht hatte, berechtigten zum Abzuge von der Dos. Machte

1) *Paulus libro 7 ad Sabinum fr. 3 §. 2 D. rer. amot. . . . si pater adjuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat.*

2) *Fr. 8 §. 1 D. eod.*

sich die Frau dessen Liberalität zu nutz, so sollte sie auch nicht volle Rückerstattung ihrer Gabe verlangen und erhalten, der Mann durfte einen adäquaten Theil aus der Dos zurückhalten. Ihre volle Dotalsforderung konnte sich daher die Frau nur sichern, wenn sie das ihr während der Ehe Geschenke vor Ausspruch des Urtheils restituirte. Dies wird ausdrücklich besagt in fr. 66 §. 1 D. soluto matrimonio 24, 3 von Javolenus libro VI. ex posterioribus Labeonis, wo die Compilatoren nur das klassische „ex dote retenturum“ des Juristen in ein „in dote compensaturum“ verwandelt haben.

Servis uxoris vir nummos in vestiarium dedit, quo parato deinde intra annum divortium intercesserat; placuit Labeoni, Trebatio, qualia vestimenta essent, talia viro reddi. Idem juris futurum fuisset, si ipsa vestimenta vir emisset et servis dedisset *Quodsi vestimenta non redderentur, tum virum pretium in dotem compensaturum.*

Der Mann hatte den Sklaven seiner Frau Geld zur Anschaffung von Kleidern gegeben; welches Motiv ihn dazu veranlaßte, ist nicht ausdrücklich gesagt, doch ist mit Bestimmtheit, wie auch die Glosse thut, vorauszusetzen, daß er der Frau ein Geschenk machen wollte. Als nun diese nach der Scheidung ihre Dotalklage anstellte, forderte der Mann den Abzug der geschenkten Summe, und es erhob sich die Frage, ob die Frau, wenn sie die volle Dos zurücknehmen wollte, dem Manne die Geldsumme selbst, die er zur Anschaffung der Kleider geschenkt hatte, vorher restituiren müsse, oder ob es genüge, wenn sie die Kleider in dem Zustande zurückgebe, in welchem sie sich im Augenblicke der Scheidung befanden. Labeo entscheidet sich für das letztere und zwar deshalb, weil er annahm, die Frau sei eben nur um die vorhandenen Kleider bereichert.

Allerdings hatte sie aus dem Geschenk auch den Vortheil gezogen, daß sie ihren Sklaven keine Kleider aus eigenen Mitteln anzuschaffen hatte, allein bloße Ersparniß von Ausgaben, die man außerdem aus eigenem Vermögen hätte bestreiten müssen, wird nicht als Bereicherung angesehen ¹⁾. Wären also die Kleider, etwa nach einem Jahr, bereits ganz abgetragen, so hätte der Mann keinen Anspruch aus dem Geschenk (darum *intra annum divortio facto*). Gerade so verhält es sich natürlich, wenn der Mann den Sklaven selbst die Kleider gekauft hatte ²⁾.

Doch ist wegen gemachter Schenkungen der Mann nicht auf das Abzugsrecht aus der Dos beschränkt; er kann sich auch hier auf einen ganz anderen Standpunkt stellen. Trotz der äußerlichen Beobachtung der Uebertragungsformen ist die Schenkung unter Ehegatten nach altrömischem Gewohnheitsrechte juristisch nichtig; der Schenker bleibt Eigenthümer, er kann sich daher der *vindictio*, falls das Geschenk noch existirt, der *condictio*, falls es consumirt und der Ehegatte durch dasselbe bereichert ist, bedienen ³⁾. Nimmt er diese Rechtsmittel in

1) Cfr. fr. 18. fr. 5 §. 8 §. 17. fr. 31 §. 9 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

2) Andere Erwähnungen des Abzugsrechtes wegen Schenkungen oder Entwendungen finden sich noch in fr. 66 §. 2 D. de don. i. v. et u, wo *Scävola* die Gültigkeit einer Schenkung mit den Worten anerkennt: *id quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci*; in fr. 7 §. 1 D. soluto matr. 24, 3. *Ob donationes item ob res amotas ex his fructibus, qui post divortium percepti sunt compensationes fieri possunt*; in fr. 15 §. 1 D. eod. §. 147. fr. 25 D. eod. fr. 5 D. de dote praelegata, abgebr. §. 163; auch fr. 50 pr. D. 24, 1.

3) Die *condictio* ist nach fr. 5. §. ult. D. de don. i. v. et u. auch dann unzulässig, wenn die Sache bei dem dritten Erwerber dem Käufer noch existirt (der Schenker ist nicht ärmer). Wird dieselbe dem Käufer *abvindicirt*, so kann der beschenkte Ehegatte in Folge des Re-

Auspruch, so kommt ihm aber natürlich der Abzug aus der Dos nicht zu Gute, bei welchem der Frau gerade das Geschenke überlassen wird und der Mann dagegen seine Entschädigung im Behalten eines Theils der Dos sucht.

V. Abzüge wegen nützlicher Verwendungen (*impensae utiles*). Das Charakteristische der *imp. utiles* liegt darin, daß sie den Ertrag der Dos vermehren, ohne daß sie zu ihrer Erhaltung nothwendig waren ¹⁾. Zu ihrer Auslage war der Mann nicht verpflichtet, sie bilden keine nothwendige Last der Dos, und es versteht sich daher von selbst, daß diese durch dieselben nicht minuiert wird ²⁾.

Ja es stand durchaus nicht fest, ob der Mann nach der Auflösung der Ehe überhaupt Entschädigung für nützliche Verwendungen in Anrechnung bringen könne. Allerdings ist es auf der einen Seite billig, daß dem, welcher eine Sache aus eigenen Mitteln verbessert und ihren Ertrag erhöht hat, Entschädigung zu Theil werde, wenn er sie später restituiren muß,

gresses über die Bereicherung hinaus Ersatz leisten müssen. Es verhält sich also hier ganz anders wie beim *bonae fidei poss.* einer Erbschaft, dessen Successoren gegen die *vindictio* geschützt sind, damit er nicht über die Bereicherung heraus verurtheilt werde. Vergl. S. Dernburg, über das Verhältniß der *hered. petitio* S. 85—105. Der Ehegatte, welcher die Habgier so weit treibt, daß er die Geschenke des Ehegatten veräußert, verdient in der That keines besonderen Schutzes. — Höchst merkwürdig ist übrigens noch eine Aeußerung von Paulus, aus welcher sich schließen ließe, daß die Frau mit der *a. rei ux.* umgekehrt die Schenkungen, welche sie ihrem Manne machte, neben der Dos zurückfordern konnte fr. 55 D. de don. i. v. et u. Der Jurist gestattet die Rückforderung einer Schenkung im Falle einer Insolvenz und bemerkt *erit deterior causa viri, si ei pecunia condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur.*

1) Ulp. fragm. VI. §. 16.

2) Fr. 7 §. 1 D. de impens. Ulpianus. Quorum utiles non quidem ipso jure minuunt dotem, verumtamen habent exactionem.

auf der anderen Seite ist es hart, daß derjenige, dessen Sache ohne seinen Willen in einen anderen Zustand versetzt wurde, die Kosten von Verbesserungen, die er selbst nicht gemacht hätte, die er oft nicht aufbringen kann, zu tragen habe, wenn er sein Eigenthum wieder erhalten will. Diese Collision zeigt sich nicht nur beim Dotalrechte, sondern auch beim Pfandrechte, der rei vindicatio u. s. f.

Die ältere Jurisprudenz scheint die Frage kurzweg abgeschnitten zu haben, und einen Abzug wegen nützlicher Verwendungen bei der Restitution der Dos überhaupt für unzulässig gehalten zu haben. Wenigstens geht aus einer Aeußerung von *La beo* und einer zugefügten Berichtigung von *Javolenus* hervor, daß er bei der Dotalklage nur *impensae nec.* berücksichtigt haben wollte. Spätere vertheidigten dagegen wohl die Meinung, daß die Frau die *utiles impensae* immer zu ersetzen habe ¹⁾. Auch dieses Extrem drang indessen nicht durch, vielmehr hat man beim Dotalrechte und ähnlich beim Pfandrechte ²⁾ einen Mittelweg dadurch gefunden, daß man eine unbedingte Verpflichtung zum Ersatze nur annahm, wenn die Ver-

1) *Javolenus* libro VI. ex posterioribus *La beonis*. fr. 18 D. de fundo dotali 23, 5.

Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat, divortio facto quaeritur, marmor, quod caesum, neque exportatum esset, cuius esset et impensam in lapidicinas factam an vir praestare deberet? *La beo* marmor viri esse ait, ceterum negat, viro quidquam praestandum esse muliere, quia *nec necessaria ea impensa esset* et fundus deterior esset factus. *Ego* non tantum necessarias sed etiam utiles impensas praestandas esse existimo.

2) Fr. 25 D. de pign. act. 13, 7. *Ulpianus*. Si servos pigneros instruxit creditor, si quidem jam imbutos vel *voluntate debitoris* erit contraria actio... sed.. culpa, quam praestat, non patitur, talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum...

besserungen auf die Dotalsache mit Zustimmung der Frau selbst gemacht waren und sonst die Ordnung der Sache dem Urtheile des Richters überließ. Bei der Reivindikation dagegen, bei welcher der *bonae fidei possessor* natürlich die Einwilligung des ihm unbekanntem Eigenthümers nicht einholen konnte, ließ sich eine Regel nicht geben, es blieb Alles dem richterlichen Ermessen und seiner Beurtheilung der Verhältnisse anheimgestellt ¹⁾.

So bestimmt *Paulus libro 7 ad Sabinum fr. 8 D. de impensis. Utillum nomine ita faciendam deductionem* ²⁾ *quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sunt u. s. f.*

Etwas weiter zieht er die Grenze *fr. 79 D. de verb. sign. 50, 16. libro 6 ad Plautium . . . Quorum nomine mulierem ignorantem vel invitam onerari non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere* ³⁾

Neben den *impensae necessariae* und *utiles* unterscheidet bekanntlich die römische Theorie noch *imp. voluptuariae*, die bloß die Annehmlichkeit der Dotalsachen erhöhen ⁴⁾; hier muß sich der Mann immer mit dem Rechte der Wegnahme begnügen,

1) Vergl. vorläufig *fr. 38 D. de rei vind.*

2) Von *deductiones impens.* spricht auch *fr. 41 §. 1 D. de leg. II.*, dessen wir *S. 117, Anm. 1* gedacht haben.

3) *Iustinian* hat später in der *c. un. §. 6 C. de rei uxor.* bestimmt, daß der Mann wegen *utiles impensae* eine *a. neg. gestorum* haben solle. Damit ist indessen die Haftverbindlichkeit der Frau wegen *impensae utiles* doch immer noch nicht unbeschränkt, denn einmal bleibt auch diese Klage unzuständig, wenn die Verbesserungen gegen ein bestimmtes Verbot der Frau erfolgten, *fr. 8 §. 3 D. de neg. gest. 3, 5 c. 24 C. de neg. gest. 2, 19*; dann setzt das *utiliter gestum* voraus, daß die Verbesserung auch wirklich subjektiv zum Vortheil des Gegners war, und es genügt nicht eine objektive Verbesserung der Sache, die aber gerade der Frau nicht von Vortheil wäre.

4) *Fragm. Ulp. VI. §. 17. fr. 7 pr. D. de impens. fr. 79 §. 2 D. de verborum signif.*

und nur wenn ihm die Frau dies nicht gestatten will, hat er ein Recht des Abzugs.

Ulpianus libro 36 ad Sab. fr. 9 D. de impensis Pro voluptuariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur.

Außer jenen Gründen, in welchen regelmäßig von Retention die Rede ist, gibt es noch manche Gegenansprüche, die in dem ehelichen Verhältnisse ihren Grund haben und bei denen man analog dem Manne das Zurückbehalten der Dos oder den Abzug eines Theils derselben gestattete. Von einem Falle der Art berichtet Ulpian libro 33 ad edict. fr. 24 §. 6 D. soluto matr. 24, 3.

Si uxor viri rem commodaverit eaque perierit, videndum an compensationem hoc nomine pati posset. Et pato, si quidem prohibuit eam maritus commodare statim deductionem fieri, si vero non prohibuit eam commodare, arbitrio iudicis modicum tempus indulgeri cautionem praebenti.

Wenn eine Frau eine Sache ihres Mannes, gegen dessen Verbot weggeliehen hat, so liegt darin ein Furtum usus¹⁾ und der Mann soll unmittelbar durch Abzug von der Dos Entschädigung wegen des durch den Diebstahl erlittenen Nachtheils erzwingen können. Hat die Frau die Sache dagegen weggeliehen, ohne daß es ihr der Mann verboten hatte, so kann wegen der Lebensgemeinschaft zwischen den Ehegatten von einem Furtum usus keine Rede sein, indessen bleibt sie immer zur Wiedererschaffung verpflichtet und der Arbitrer, der über die Dos spricht, hat einen Restitutionsbefehl an sie zu erlassen und

1) Arg. fr. 16 D. de cond. furt. 18, 1.

ſie zu nöthigen, falls ſie ihre Dos zurückerhalten will, Caution für die Wiederſtattung jener Sache innerhalb einer beſtimmten Zeit zu leiſten ¹⁾).

In fr. 49 §. 4 D. de don. i. v. et ux. 24, 1 geſtattet derſelbe Jurift (lib. 32 ad Sabinum) noch eine andere Retention gegen die Dotalklage, die ſich gleichfalls nicht unter das gewöhnliche Schema bringen läßt. Die Frau hat ihrem Manne einen Sklaven geſchenkt, dieſer aber eine Sklavin ex re mariti erworben; das Eigenthum der Sklavin fällt an die Eigenthümerin des Sklaven, die Frau. Dagegen muß ſie dem Manne den Preis erſetzen.

Idem (Julianus) quaerit, ſi ex re mariti ea ancilla comparata fuerit an ad verſus agentem mulierem de dote pretium poſſit per exceptionem (interpol.) retinere; et dicendum eſt, poſſe maritum et exceptionem (urſprünglich gewiß retentionem) habere, ſi dos ab eo petetur, ſecundum Marcelli ſententiam et ſi ſolverit ſecundum Julianum condicere poſſe.

Die Interpolation per exceptionem iſt handgreiflich und äußerſt ungeſchickt.

Ganz eigenthümlich iſt dann aber noch eine Compensation, die in fr. 38 D. de jure dotium von Ulpian libro 48 ad Sabinum erwähnt wird. Wenn eine Frau den Mann beauftragt, eine zur Dos gegebene Forderung dem Schuldner zu acceptiferiren, ſo erhält der Mann eine actio mandati gegen die Frau und mit dieſer ſoll er auf die a. de dote kompensiren können.

1) Cfr. §. 2 J. de officio judicis 4; 18.

... Quod dicitur rem mulieri perire consequens est, nam, si coeperit velle de dote agere, ipsa secum debet compensare jussum suum.

§. 16.

Vergleichung der retentiones ex dote mit dem f. g. Retentionsrechte und der Compensation. Verordnung Justinians.

Die retentio ex dote bildete, wie uns Alles zeigte, was wir noch von der Konstruktion dieses Rechtsmittels sahen, ein eigenthümliches Institut, gleich verschieden von dem f. g. Retentionsrechte und der Compensation und doch wieder vielfach ähnlich. Eine genauere Vergleichung dieser Rechtsmittel, die selten recht auseinander gehalten werden, ist so belehrend als nothwendig; erst dadurch wird die juristische Stellung unserer retentiones völlig klar hervortreten.

I. Das Retentionsrecht ist die Befugniß, eine Leistung vollständig aber nur vorläufig zurückzuhalten, bis eine Gegenforderung erfüllt ist ¹⁾; unsere retentiones ex dote bilden definitive Abzüge aus der Dos ²⁾; schon der Name bezeugt dies, es wird bestätigt dadurch, daß wir die Phrase deduci ex dote synonym mit dem Ausdrucke retentio gebraucht finden ³⁾, besonders klar tritt es bei den retentiones ob mores

1) §. 13 u. folgende.

2) Daß häufig retentio, retinere eine definitive Zurückhaltung bezeichnet, darüber vergl. die Beispiele §. 13, die retentiones bei der quarta Falcidia, z. B. das §. 109, Anm. 1. angeführte Beispiel.

3) Fr. 66 §. 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1. fr. 8 D. de impens. 25, 1. fr. 41 §. 1 D. de leg. II. Daher wird in fr. 15 §. 1 D. soluto matr., abgebr. §. 147, gesagt, daß der Beklagte wegen solcher retentiones „minus sit obligatus“ u. s. f.

hervor, daß wir es hier mit definitiven Abzügen zu thun haben. Das Retentionsrecht vermittelt unmittelbar keine Lösung, es dient nur indirekt als Zwangsmittel, die Effektiverfüllung einer Gegenleistung herbeizuführen, durch unsere retentiones soll der Anspruch des Mannes unmittelbar seine Befriedigung finden, sie führen gewissermaßen zu einer Theilung der Dos zwischen Mann und Frau.

Freilich ist der Abzug nicht immer leicht durchzuführen; er wird namentlich dann schwer zu effectuiren sein, wenn nicht eine Geldforderung, sondern eine körperliche Sache in dote ist. Haben sich die Partheien hier nicht selbst verständigen können, so hat der Richter die Sache zu ordnen und die Interessenten ähnlich wie ein Theilungsrichter auseinanderzusetzen. Zu diesem Zwecke war dem arbiter die freieste Macht gegeben, die verschiedenartigsten Mittel, unter denen er wählen konnte, waren ihm zu Gebote gestellt, keine steife Rechtsbestimmung, band ihm von vornherein die Hände und hinderte ihn den speziellen faktischen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Er konnte der Frau, wenn sie anderweitiges Vermögen besaß, befehlen, dem Manne die Summen auszuführen, wegen deren ihm retentio ex dote zustand und unter dieser Voraussetzung den Mann zur Restitution aller Dotalsachen verurtheilen ¹⁾. Er konnte auch, wenn ihm dies zweckmäßiger schien, den Verkauf der Dotalsache verordnen, und der Frau aufgeben, dem Manne eine entsprechende Rate aus dem Kaufpreis herauszuführen. Paulus in fr. 8 D. de imp. in res dot. 25, 4 denkt an einen solchen Befehl . . . compelli mulierem rem vendere,

1) Fr. 79 §. 1 D. de verb. sign. 50, 16, „ne cogatur fundo aut mancipiis carere.“

ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest.

Unter Umständen möchte der Richter auch dem Manne die Dotalsachen zusprechen und ihn dagegen nöthigen, soviel herauszugeben, als dieselben nach Abzug seiner Gegenforderung werth waren, oder er konnte ihm auch freies Eigenthum zu einem Theile belassen und die Restitution einer Hälfte der körperlichen Sachen anbefehlen. So stehen ja auch dem Theilungsrichter die mannichfachen Wege offen, er kann die Sache körperlich theilen, er kann der einen Parthei dieselbe ganz zusprechen und sie der anderen auf den Werth der Hälfte condemniren; er kann den Verkauf der zu theilenden Sache anordnen u. s. f. ¹⁾).

In solchen Fällen schritt der Mann natürlich überhaupt zu keiner Auszahlung, sondern behielt die Dote vorläufig zurück, bis der Richter seinen Spruch gefällt, die Größe des Abzugs bestimmt und die Partheien auseinandergesetzt hatte.

Darauf allein deutet eine Stelle von Marcian, die, wenn sie nicht isolirt stünde, Bedenken über unser ganzes Verhältniß erregen könnte.

fr. 5. D. de dote praelegata 33, 4. Marcianus libro 3 regularum.

1) Es ist sehr merkwürdig, wie frei der Richter, dem doch zunächst durch die Formel nur Theilung anbefohlen ist, seine Aufgabe im Interesse der Partheien auffaßt; er spricht dem einen Theil das Ganze zu und verurtheilt ihn zur Restitution der Hälfte §. 5 J. de off. jud. 4, 17, legt Servituten auf fr. 7 §. 1 D. comm. div. 10, 3; er kann die Sache unter den Theilhabern versteigern lassen c. 1 C. comm. div. 3, 37; er kann bei der Versteigerung Fremde zulassen c. 3 C. eod. und den Erlös vertheilen; er kann dem einen die Proprietät, dem anderen den usufrukt zusprechen fr. 6 §. 10 D. eod. Darin liegt aber nichts Singuläres, sondern es ist allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts, daß dem Richter zur Beseitigung faktischer Schwierigkeiten freie Hand gelassen werde.

Dote relegata non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas *solutionem differre* vel ob impensas alias, quam quae dotem ipso jure minuunt; aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit, aliud *pignoris nomine retineri* dotem ob ea, quae mulierem praestare „aequum“ est.

Marci an will hier feststellen, daß der Erbe Retention wegen Schenkungen und nützlicher Verwendungen einem Vermächtnisnehmer der Dos gegenüber nicht geltend machen könne¹⁾. Dies drückt er nicht so aus, daß er dem Erben die Befugniß abspricht, Abzüge aus der Dos zu machen, sondern so, daß er demselben nur die Macht versagt, die Dos vorläufig *pignoris causa* zurückzuhalten. Daraus könnte man versucht sein zu schließen, das retinere ex dote habe eben ausschließlich eine solche bloß provisorische Rückhaltung zum Inhalt. Allein dieser Schluß ist nicht nothwendig und nicht richtig. Indem der Jurist den dem Abzug präparatorischen Schritt als ungerechtfertigt erklärt, indem er dem Erben die Befugniß abspricht, Zahlung zurückzuhalten und sofortige Erfüllung anbefiehlt, entscheidet er vielmehr

1) Dadurch wird also der allgemeine Ausspruch Ulpianus fr. 1 D. de dote praeleg. näher bestimmt: „id dotis legato inesse quod actioni de dote inerat. Daß Schenkungen nicht zur Retention berechtigten, hat auch das sehr verstümmelte fr. 1 cit. §. 3. Est et illud quod ob res donatas hodie post S. C. nulla sit exactio, si modo voluntatem mutavit testator, agendum; daß dagegen impensae nec. auch das Prälegatum dotis minderten, dies hat ursprünglich ausgesprochen fr. 1 cit. §. 4, abgedruckt und erklärt S. 131 u. folgende. fr. 41 §. 1 D. de leg. II. fr. 2 D. de dote prael. abgedruckt u. erklärt S. 117. Ein Vermächtniß „der Dos“ per vindicationem scheint übrigens nicht im Gebrauch gewesen zu sein und deswegen fielen hier die Schwierigkeiten weg, welche sich beim peculium per vindicationem legatum erhoben. Vergl. S. 124 folgende.

zugleich indirekt, daß ihm ein „Abzug“ nicht zustehe und hat nicht nothwendig, dies besonders hervorzuheben.

II. Außerlich haben unsere retentiones viele Aehnlichkeit mit der Vollziehung einer Compensation. Auch bei ihr findet sich das Zurückhalten einer schulbigen Summe wegen eines Gegenanspruchs, auch die Compensation führt zu einer definitiven Ordnung der gegenseitigen Ansprüche. Aber der Grundgedanke beider Rechtsmittel ist verschieden. Bei der Compensation treten sich von vornherein unabhängige, gegenseitige Forderungen auf eine Leistung gegenüber, beide Theile werden aber aus Gründen der Billigkeit und im wechselseitigen Interesse von ihrer Leistungspflicht entbunden; bei unseren retentiones besteht der Anspruch des Beklagten von vornherein in dem Rechte auf einen Abzug von der Dotalklage, in der Forderung einer Theilung der Dos, deshalb ist hier keine Rede von einer Entkräftung gegenseitiger Forderungen, vielmehr wird durch die Operation des Abzugs gerade dem Inhalte des Rechts des Beklagten Genüge gethan, dasselbe wird direkt erfüllt. Und deshalb bleibt dies Abzugsrecht des Beklagten immer nur an die eine Forderung, die Dotalklage gebunden, während eine Compensationseinrede jeder Gegenforderung des Klägers opponirt werden könnte. Zudem effectuirt sich die retentio häufig noch durch andere Mittel als die Compensation.

Diese Eigenthümlichkeiten sind uns alle deutlich bei den retentiones ob mores und ob liberos entgegentreten; das Recht des Mannes besteht hier ausschließlich in der Befugniß einen Theil der Dos für sich zurückzubehalten. In der Theilung, die der Richter in Gemäßheit dessen vornimmt, wird Niemand die Vollziehung einer Compensation erblicken. Auch die retentio ob impensas zeichnet sich klar als ein Abzugs-

recht, das an der Dotalforderung haftet und keiner anderen Forderung entgegengesetzt werden kann. Bei der *retentio ob impensas necessarias* trat dann noch die Verschledenheit von der Compensation hinzu, daß die Dos selbst an und für sich gemindert ist, nicht blos die Dotalklage¹⁾.

Dagegen beruht der Unterschied der *retentiones ob res donatas* und *amotas* von einer Compensation allerdings mehr auf einer Nuance der Anschauung. Seit Alters sah man das Verhältniß so an, als habe der Mann wegen Schenkungen an die Frau eine doppelte Befugniß, einmal das Recht, einen entsprechenden Theil der Dos zu seiner Entschädigung zurückzubehalten, dann eine Klage auf Rückerstattung des Geschenkten²⁾. Als nun aber das Recht der Compensation immer mehr an Ausdehnung gewann, faßte man die Sache auch wohl so auf, der Mann könne seine Rückforderung wegen Schenkungen sowohl klagend als auch kompensirend geltend machen. Während in früherer Zeit das Abzugsrecht von der Dos wegen Schenkungen ein eigenthümliches Privilegium bildete, das in der freien Natur der Dotalklage seinen Grund hatte, sah man später, als die Compensation mehr und mehr gemeines Recht wurde, darin eine Aufhebung von Gegenforderungen, wie sie aus allgemeinen Gründen bei Klagen aller Art vorkam.

Offenbar schwebte dieser Gesichtspunkt schon den späteren klassischen Juristen theilweise vor, aber erst im Gefolge einer Bestimmung Justinians in der *c. un Cod. de rei uxoriae act.* §. 13 wurde er der ausschließliche und allein durchschlagende. Greifen wir gleich damit dem Gange unserer Entwick-

1) S. 114 u. 115.

2) Vergl. S. 151 u. 153.

lung vor, so ist doch hier der passendste Ort, den so sehr bestrittenen Sinn jener Bestimmung festzustellen und damit unsere Lehre sogleich zum Abschluß zu bringen.

Im Einzelnen wie im Ganzen waren zu Justinians Zeit die Grundlagen weggefallen, auf welchen das System der besonderen Abzugsrechte erbaut war. Die retentiones ob mores und ob liberos waren bereits antiquirt. Sie hatten seit Konstantin in dem Kampfe altheidnischer Anschauung und Politik und modernchristlicher Auffassung mannichfache Veränderungen zu erleiden gehabt und mußten zuletzt dem neuen Systeme weichen.

Schon Konstantin hat Scheidung wegen leichter Vergehen überhaupt verpönt und hat das Abzugsrecht des Mannes wegen derselben aufgehoben ¹⁾. Julian ²⁾ stellte das alte Recht und damit die retentiones vollständig wieder her (363). Honorius und Theodosius II. ³⁾ änderten die Sache aufs neue (421) und bestimmten, daß der Mann bei Scheidung wegen schwerem Fehl die ganze Dos, nicht mehr bloß ein Sechstel behalten könne, wegen geringerer Vergehen (si morum est culpa, non criminum) aber nichts abziehen dürfe; die retentiones ob liberos blieben dabei nach ausdrücklicher Klausel bestehen. Im Jahre 439 renovirten zwar Theodos II. und Valentinian III das alte Recht ⁴⁾ aber diese Restauration

1) C. 1 C. Theod. de repud. 3, 16. Die retentio ob mores graves wurde wenigstens nach den Worten des Gesetzes nicht über das Sechstel erhöht. Wächter, Ehescheidung S. 260 u. 261.

2) C. 2 C. Theod. de dotibus 3, 13. Imp. Julianus.

3) C. 2 C. Theod. de repudiis 3, 16. Honorius et Theod. et Const.

4) Nov. Theodosii ed. Haenel S. 48 tit. 12 §. 1.

dauerte nicht lange, denn 452 hob Valentinian ¹⁾ seine Verordnung auf; Theodosius aber verkündete schon 449 ein umfassendes Gesetz für die Scheidungen ²⁾, in dem er bestimmte, daß der Mann sich nur wegen sechs besonders namhaft gemachter Gründe von der Frau trennen und in solchem Falle die Dos behalten dürfe (§. 5 . . . tam dotem quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare . . . sancimus), daß er bei jeder anderen Aufkündigung die Dos und die propter nuptias donatio verliere (sin autem *aliter* uxori suae renuntiare voluerit, *dotem redhibeat* et ante nuptias donationem amittat).

Damit wurde, soweit wir absehen können, der Fortbestand der alten Strafabzüge unmöglich gemacht.

Es waren also die retentiones, in denen sich die Eigenthümlichkeit unseres Instituts personifizirt, zu Justinians Zeit verschwunden. Die retentiones ob res amotas und donatas dagegen scheinen an und für sich weniger Besonderes zu haben und sich auch als Compensationen auffassen zu lassen. Und es blieben hauptsächlich die retentiones ob impensas, die sich trotz der Tendenz jener Zeit, das Recht zu vereinfachen und auf wenige theoretische Sätze zurückzuführen, dem gemeinen Rechte nicht unterordnen ließen. Justinian aber hat versucht, bei seinen Neuerungen in der c. un. cit. C. de act. rei ux. toll. dem Streben nach Concentration entgegenzukommen und die retentiones ex dote als ein eigenthümliches vom f. g. Reten-

1) Nov. Valent. II. tit. 34 de episcopali iudicio et de diversis negotiis §. 11. Haenel S. 250.

2) C. 8 C. Just. de repudiis 5. 17.

tionsrechte und der Compensation gleich unterschiedenes Institut ganz aufzuheben.

In der That war auch die Anschauung des Dotalrechts, in welcher die Retentionsrechte ihren Grund hatten, längst eine andere geworden; die alte Auffassung, wonach die Dos dem Manne gehörte und der Frau nur eine beschränkte, anomale Befugniß zustand, war dem Rechtsgeföhle immer fremder geworden, man fand in der Dos gerade das Vermögen der Frau. Schon vor Justinian zeigen sich legislatorische Versuche¹⁾, die alten Rechtsätze, die dem widersprachen, zu ändern; wirksamer half sich die Praxis, indem sie das Recht der Frau durch Stipulationen consolidirte. Und dabei fand zwar Compensation allgemein Anwendung, eine *retentio ex dote* war aber unstatthaft²⁾, nur die *minutio ob impensas necessarias* mußte, wenn sich der Stipulant die Restitution der „Dos“ hatte versprechen lassen, auch hier Anwendung finden. An diese allgemein gewordene Praxis schloß sich Justinians Verordnung an; eine jede Dosbestellung sollte nun immer die Wirkung haben, als wären die der Frau vortheilhaftesten Stipulationen abgeschlossen worden, sie sollte daher ohne weiteres eine *actio ex stipulatu* statt der früheren *actio rei uxoriae* anstellen können. Dabei bestimmt Justinian in Bezug auf die *retentiones ex dote*.

C. un. C. de rei uxoriae act. 5, 13 §. 5. *Taceat in ea retentionum verboritas. Quid enim opus est, inducere „ob mores retentionem“ alio auxilio ex constitutionibus*

1) Nov. Valent. III. tit. 34 de episcopali iudicio §. 9 u. 10 ed. Haenel S. 249.

2) Cfr. c. 1 C. rerum amotarum 5, 21. — c. un. §. 5 inf. C. de act. rei ux. „ut (actio ex stip.) merito *secundum sui naturam* nullam accipiat retentionem.

introducto. Vel ex qua causa „ob res donatas“ introducatur „retentio“ quum sit donatori facultas per actionem . . . jure suo mederi? Sed nec „retentio ob res amotas“ *necessaria* est, quum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium. Sileat ob liberos retentio. . . Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis esse *idonea*. Quum necessariae impensae dotis minuunt quantitatem, — utiles autem expensae non aliter *in rei uxoriae actione* detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra autoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc, quod utiliter impensum est, asservari, vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est negotiorum gestorum adversus eum sufficit actio . . . ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et *merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem*.

Von jeher hat man gestritten, ob Justinian durch diese Verordnung bloß das s. g. Retentionsrecht oder auch die Compensation ¹⁾ bei der Dotalklage ausgeschlossen habe, und es erschien immer zweifelhaft, wie diese Constitution, die mehrere Jahre vor der Publikation der Pandekten erlassen wurde, mit den Pandektenstellen zu vereinigen sei, in denen so häufig von

1) Schon Azo: glossa ad l. si constante 24 §. 6 D. sol. matr. an hodie locum habeat hujusmodi compensatio? Videtur, quod non secundum Azonem per l. un. C. de rei ux. toll. Sed certe hic casus non est ibi u. a. a. D. Duarenus ad fr. 7 §. 5 D. sol. matr. sucht den angeblichen Widerspruch mit den Pandekten dadurch zu erklären, daß jene Constitution zwar schon früher erschienen, aber erst im zweiten Codex promulgirt worden sei, weshalb die Glossatoren keine Rücksicht auf sie genommen hätten.

einer Compensation, nicht selten aber auch von einem retinere die Rede ist ¹⁾).

Ist unsere Ansicht richtig, daß die *retentio ex dote* ein ganz eigenthümliches, in der besonderen Natur der Dotalverhältnisse wurzelndes Institut war, so sind jene beiden Auffassungen irrig. Justinian wollte nur die eigenthümliche *retentio ex dote* aus seinem Rechtssystem entfernen, die Abhandlungen der alten Juristen in Bezug darauf sollen keine Geltung mehr haben (*taceat retentionum verboritas*), dem gemeinen Rechte dagegen sollte nicht derogirt werden.

Aber selbst diese Absicht ist dem Gesetzgeber nur theilweise gelungen. Leichtes Spiel hatte er zwar bei den Strafabzügen²⁾, die schon vorlängst antiquirt waren, ebenso bei Schenkungen und Entwendungen, die anstatt zu einer *retentio* zu einer Compensation auf die Dotalforderungen berechtigten. Und auch die Retention wegen *utiles impensae* hat er zu einem Compensationsrecht umbilden können, indem er eine *a. negot. gest.* für ihre Einforderung schuf, welche jetzt der Dotalklage wie jeder Forderung der Frau *compensando* entgegengesetzt werden kann, falls die Voraussetzungen der Compensation vorhanden sind.

Dagegen konnte er das Recht der *necessariae impensae* nicht ändern, ohne den Begriff der Dote selbst umzugestalten.

1) Das s. g. Retentionsrecht glaubt vollständig aufgehoben auch wegen der *minutio dotis* durch *imp. necessariae* u. A. Balett, *Abh.* S. 55, vergl. die dort Angef.

2) Daß aber der *ret. ob liberos* gegen die Klage des Vaters auf die *d. profectitia* (S. 150) nicht mehr gedacht wird, erklärt sich aus der Reaktion, welche das Recht des Mannes noch mehr beschränkte als uns heute billig scheint.

Darum gleitet er über dies Verhältniß in unserer Constitution rasch weg, in den Institutionen aber hat er das Fortbestehen der alten Rechtsbestimmungen in Bezug auf diesen Punkt ausdrücklich anerkannt und auf die Pandektenstellen, welche dasselbe näher erörtern würden, verwiesen. Sie sind also geltendes Recht geblieben ¹⁾.

1) Die verschied. Ansichten über das Verhältniß unserer Constitution siehe bei Glück, Bd. 27 S. 436 u. folgende.

Viertes Kapitel.

Berücksichtigung von Gegenforderungen in stricti juris judiciis.

§. 17.

Einfluß der Exceptionen auf die *str. juris actiones*.

Die Veränderung, welche die römische Rechtsanschauung in den letzten Jahrhunderten der Republik erfuhr, ist uns schon in dem Entstehen eines freieren Obligationenrechts, in der Vermehrung der *arbitria*, in der immer liberaleren Durchbildung ihrer Theorie entgegengetreten, doch nicht minder gewaltig offenbart sie sich in der allmählichen aber unaufhaltsamen Umbildung der altanerkannten durch strenge Klagen geschützten Obligationsverhältnisse.

Die schroffe objektive Regel bildete auch bei den *str. j. actiones* nicht mehr das einzige Gesetz, die Form hörte auf eine unzerbrechliche Fessel zu sein, die Erfüllung des rechtlich begründeten Formalvertrags galt nicht mehr als unbedingte Pflicht; auch die Billigkeit des speziellen Falles wurde berücksichtigt, die subjektive Welt des Menschen in den Kreis rechtlicher Beurtheilung

gezogen, man durchbrach die alte Ordnung durch Exceptionen, Ausnahmen, wodurch man der Rechtsregel den Gehorsam, und der darauf gestützten Klage die Wirkung versagte.

Zunächst traten die Prätores schützend ein, wenn der Beklagte äußere handgreifliche Thatsachen anführen konnte, welche die Anwendung der allgemeinen Rechtsregel als eine Ungerechtigkeit erscheinen ließen; sie wirkten dieser dann durch Einfügung von *exceptiones in factum* entgegen ¹⁾. Zuweilen — aber freilich selten — veranlaßte auch die Gesetzgebung die Ertheilung eines Einrederechts. Das gab denn Abhülfe in einzelnen Fällen. Bald schien dies nicht auszureichen. Man fand, daß sich nicht alle Ereignisse, die nach Billigkeit relevant sein konnten, vor der Hauptverhandlung bei der Abfassung der Formel durch den Prätor bestimmen ließen, man fühlte das Bedürfniß, dem Richter freieren Spielraum zu lassen, ihm eine ausgedehntere Vollmacht zu geben, als die *actio stricti juris* an und für sich gewähren konnte und ihm so die Verlegenheit zu ersparen, da zu condemniren, wo eine Verurtheilung bereits als unrecht galt. Zu diesem Zwecke suchte man die *s. g. exceptio doli* zu benutzen. Schon vor Cicero's Zeit wußte man dem Richter wenigstens die Befugniß zu geben, Condemnation aus Geschäften zu verweigern, die zwar in der Form Rechtens abgeschlossen waren, bei deren Contrahirung es aber sonst in irgend einer Weise nicht mit rechten Dingen zugegangen war. So versprach Qu. Mucius (Consul im J. 659) als Proconsul in Asien eine

1) Grundlos ist, wenn manche unter *exceptiones in factum* nur die verstehen wollen, für die es keine technischen Namen gab; vergl. z. B. Götschen Vorl. Bb. 1. S. 470. Krug, Comp. S. 44. vergl. dagegen Keller, röm. Civilprozeß S. 144. Nr. 383 — 385.

Exception des Inhalts *extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona*, die hernach Cicero auch in Cilicien proponirte ¹⁾. — In Rom aber scheint die *exceptio doli* erst später ständig geworden zu sein; und zwar schwerlich, ehe der Prätor Aquilius, der Colleague des großen Redners in der Prätur, das *judicium de dolo* proponirt hatte ²⁾. — Sie urgirte in ihrer ursprünglichen Fassung gleichfalls wohl nur den Dolus, der beim Abschluß von Rechtsgeschäften vorgekommen war; jedenfalls änderte sich dies sehr bald; ihre Formel wurde durch den Zusatz „*neque fiat*“ erweitert und seitdem hemmte sie jede Klage, bei der die Geltendmachung eines Rechtsgeschäfts unbillig schien.

In diesem weiteren Umfange hat die *exceptio doli* bereits Ofilius, ein Schüler des Servius Sulpicius, gekannt ³⁾. — Besonders hat dann aber Labeo für die Fortbildung ihrer Theorie gewirkt und die Fälle ihrer Anwendung durch eine Reihe von Responsen in liberaler Weise festgestellt. Noch von den späteren klassischen Juristen wird eine Reihe von Entscheidungen mehr oder weniger streitiger Fragen auf seinen Ausspruch zurückgeführt ⁴⁾.

1) Cic. ad Att. 6, 1, 15; nicht hierher gehört dagegen die *exc. legis Plaetoriae* in Plaut. Rudens V, 3, 25.

2) Anderer Ansicht ist freilich Ruborff, Ztschr. für gesch. Rechtsw. Bb. 12. S. 167; aber daß Quintus Mucius in Asien bereits früher eine ähnliche *exceptio* aufgestellt hat, beweist nichts Bestimmtes für den Rechtszustand in Rom. Hätte die *exc. doli* schon vor der *actio doli* bestanden, so hätte Cicero de off. III. c. 14 u. c. 15 deren Entstehung gewiß eher an sie angeknüpft als an die *exc. legis Plaetoriae*. Auch wäre die Frage an den Aquilius, was denn dolus sei, nicht nothwendig gewesen.

3) Fr. 4 §. 6 D. de *exc. doli mali* 44, 4.

4) Fr. 2 §. 1 §. 3. 6 u. 7. D. de *doli mali exceptione*.

Ihm ist es schon Prinzip, daß der Richter jede Unbilligkeit, welche durch die Anwendung des strengen Rechts entstehen würde, zurückweisen solle, wenn eine *exceptio doli* vorgeschützt ist; er findet die Hemmung der Klage genügend durch den Grund gerechtfertigt, daß es eben unbillig sei ihr im concreten Fall freien Lauf zu lassen (*quia iniquum esset*). Und dies hat denn auch die Jurisprudenz nach ihm allgemein als den Zweck und die Bedeutung unserer *Exceptio* aufgefaßt, so daß Paulus (*libro 71 ad edictum*) sogar sagen konnte *fr. 1 D. de except. doli m. 44, 4. Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

Sollte aber der Richter dieser neuen Aufgabe nachkommen, so mußte man auch die engen Grenzen, in welche das richterliche Urtheil bei *str. juris actiones* gebannt war, zu erweitern suchen. Denn das strenge Recht gestattet wohl die Beschränkung auf ein einfaches Ja oder Nein, es kennt nur Verurtheilung oder Freisprechung. Wenn aber einmal die individuellen Verhältnisse des Falls berücksichtigt werden sollen, so ergeben sich Rechtsfragen, die eine bloße *Condemnation* oder *Absolution* nicht lösen kann. Und so sehen wir denn in der That aus unzähligen Stellen, daß der römische Richter, selbst in Fällen, in denen an der Fassung der *Condemnation* formell nichts geändert wurde, sich bei Vorschüzung einer *exceptio* nicht auf Ja und Nein beschränkte, daß er *Interlocute* erließ, dem Kläger, dem Beklagten Verpflichtungen auflegte, daß er das Sachverhältniß nach freiem Ermessen ordnete. Die *Absolution* oder *Condemnation* auf das Ganze stand dann nur als Zwangsmittel in dem Hintergrunde, um die Partheien zu nöthigen der Billigkeit nachzukommen.

Ein merkwürdiges Beispiel dieser Erweiterung gibt uns Scaevola libro V. responsorum fr. 45 D. de doli mali exceptione.

Fidejussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est et omnia praestare paratus est, quae jure emti continentur, quaero an agentem emtorem ex causa judicati exceptione doli mali summovere potest. Respondit, exceptionem quidem opponi posse, *judicem* autem *aestimaturum*, ut pro damnis emtori satis fiat.

Der Bürge eines Verkäufers war wegen der Eviction der verkauften Sache glattweg in eine Entschädigung verurtheilt; hindendrein ist er in der Lage, dem Käufer die Sache zu liefern und fragt bei Scaevola an, ob er sich, wenn er mit der actio judicati belangt wird, noch von der Leistung der Condemnationssumme dadurch befreien kann, daß er den Käufer durch Restitution der verkauften Sache zufriedensstellt. Er beruft sich auf das Prinzip, daß alle judicia absolutoria seien und verlangt dessen Anwendung sogar, nachdem das Jubicat gefällt ist. Scaevola findet diese Ausdehnung gerechtfertigt; er antwortet, daß die Exception allerdings Platz greife, daß aber der Richter auch das Interesse des Käufers abzuschätzen habe und den Beklagten nur dann absolviren solle, wenn er dies vollständig seinem Gegner geleistet habe ¹⁾. So wird die strengste aller Klagen, die actio judicati, durch die exceptio doli fast in ein arbitrium verwandelt. Statt auf eine bestimmte Summe zu sprechen, schätzt der Richter den Schaden des Klägers nach freiem Ermessen ab, nur im äußersten Falle folgt Condemnation auf das Jubicat hin.

1) Eine Analogie unserer Entscheidung in c. 1 C. de re judicata 7, 52.

Anderer Anklänge an solche Interlocute finden sich in fr. 4 §. 9 D. de exc. doli m.; etwa auch in fr. 50 fr. 94 D. de solut. 46, 3. — Ein Entscheid über vorgehende Cautionsleistung muß in fr. 7 D. de dote prael. 33, 4, fr. 29 D. de jure dotium 23, 3 erlassen werden. Auch verschiedene Stellen aus dem Titel über die Moralklagen fr. 11 fr. 27 fr. 28 D. de nox. act. 9, 4 machen anschaulich, wie sich das officium judicis durch Vorschüzung der exc. doli erweiterte.

Nachdem in dieser Art dem Richter freie Hand gelassen wurde, konnte man Klagen, bei denen eine exceptio doli zur Sprache kam, kaum mehr zu den strengen Klagen rechnen. Und da man in späterer Zeit überhaupt statt des Namens arbitrium sich des Ausdruckes bonae fidei iudicium im weitesten Sinne bediente¹⁾, so konnte man das schließlich so formuliren, daß jede Klage durch die exc. doli zum bonae fidei iudicium werde. Dies hat denn auch wirklich Papinian ausdrücklich ausgesprochen²⁾. Die Neueren, denen dies anstößig war, haben zwar dessen Worte um jeden Preis anders zu interpretiren gesucht³⁾; aber so scharfsinnig und geistreich ihre Versuche sind, und so allgemein man sie adoptirt hat, so können wir sie doch nicht als begründet betrachten.

Da nun die exceptio doli in so wirksamer Weise seit Laevo's Zeit jedem unbilligen Rechtsanspruch entgegentrat, so mußte sie natürlich auch die Durchführung einer Forderung hindern, der ein gegründetes Exceptionsrecht entgegenstand.

1) Vrgl. S. 63, S. 94 Anm. 3 u. S. 100 Anm. 2.

2) Papinianns, fr. 42 pr. D. de mortis causa don. 39, 6.

3) Keller „fr. 42 pr. D. de m. c. donationibus“ Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft. Bb. 12 S. 400 u. fgnbe. Huschke, krit. Versuche in Linde's Zeitschr. n. F. Bb. 2. S. 198 u. fgnbe.

Der Kläger fordert hier offenbar etwas, was ihm nicht zukommt¹⁾. Man sollte daher glauben, die wörtliche Einfügung der *exceptio in factum* habe seitdem aufhören müssen; das weitere Rechtsmittel habe das engere entbehrlich gemacht. Die römische Praxis aber hat das nicht angenommen, sie hat vielmehr dem Beklagten aus guten Gründen die Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln gelassen²⁾.

Schützte der Beklagte die *exc. doli* vor, so waren die Mittel mannichfaltiger, wodurch er bei dem Richter die Abweisung des Klägers durchsetzen konnte; er mochte noch aus den verschiedensten Gebieten des Rechts seine Einreden herausgreifen. Erhielt der Beklagte eine *exceptio in factum*, so war er des Erfolgs sicherer; denn wenn die artikulirten tatsächlichen Momente richtig standen, so konnte er mit Bestimmtheit auf die Abweisung des Klägers rechnen, und es kam nicht darauf an, ob der Richter jene Umstände für relevant hielt³⁾. Bei der *exceptio doli* hing das Urtheil darüber, ob im concreten Falle eine Unbilligkeit vorhanden war, zunächst von dem Takt und richtigen Gefühl des Richters ab. Selbst als sich allmählig darüber objektive Regeln festsetzten, blieb immer der Willkühr ein großes Gebiet offen. So lief der Be-

1) Fr. 2 §. 5 D. *exc. doli* „*ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem*“ fr. 12 D. *eod.*, vergl. fr. 177 §. 1 D. *de div. reg. J.* Cfr. auch S i n t e n i s Zeitschr. cit. Bd. 18 S. 9, dessen Bedenken indessen ungegründet sind.

2) Daher in unzähligen Stellen *exceptione doli vel in factum eum summovere potes* z. B. fr. 8 D. *de cond. ob. turpem caus.* 12, 5; fr. 29 pr. D. *mandati* 17, 1; fr. 4 pr. D. *de serv.* 8, 1; fr. 13 D. *de usuris* 22, 1; fr. 44 pr. D. *de obl.* 44, 7; fr. 7 §. 3 D. *de jure dot.* 23, 3 u. f. f.

3) Vergl. K e l l e r, Civilprozeß S. 143.

klagte Gefahr an der größeren oder geringeren *Scrupulosität* des Richters zu scheitern; er vermied diese, wenn der Prätor selbst sich herbeileß, die faktischen Momente mittelst einer *exc. in factum* in die Formel zu setzen und davon streng und steif die *Condemnation* abhängig zu machen. Ganz besonders erwünscht mußte ihm aber das sein, wenn der Satz, daß die Durchführung einer Forderung unter gewissen Umständen unbillig sei, noch nicht in Theorie und Praxis durchgedrungen war. Schützte er die *exc. doli* vor, so konnte er leicht an einem theoretischen Zweifel des Richters Schiffbruch leiden, er war gesichert, wenn der Prätor, der bei weitem freier stand, die *Condemnation* von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein jener Thatsache abhängig machte. Prätor und Juber arbeiteten sich in solcher Art in die Hände, die Schroffheit des alten Rechts zu mildern. In der Ertheilung der *exceptio in factum* zeigte sich mehr die *Discretion* des Prätors; nach Vorsetzung der *exc. doli* hatte sich mehr der Takt des Richters zu bewähren; die *exc. in factum* war der Vorposten, durch welchen sich die Billigkeit mehr und mehr Land occupirte, durch die *exc. doli* waltete sie in dem eroberten Terrain ¹⁾.

§. 18.

Entwicklung der Compensation in *strictis iudiciis*.

Durch *Exceptionen* wurde denn auch, — wie wir sehen werden — Berücksichtigung von Gegenforderungen in *strictis iudiciis* erzwungen und *Compensation* herbeigeführt. Anfänglich — zur Zeit des *Tiberius* und *Caligula* —

1) Die *exceptio doli* ging dann freilich häufig wieder viel weiter als die schwerfälligere *exc. in factum*. Vergl. fr. 10 §. 2 D. de pactis 2, 14. *Solemus dicere doli exc. subsidium esse pacti exceptionis u. s. f.*

gula — finden wir eine *exceptio in factum* vom Magistrat ertheilt, um den Richter wenigstens dann zur Inbetrachtung einer Gegenforderung anzuweisen, wenn dafür ganz besondere Umstände sprachen. Später wurde Compensation auch ohne besondere prätorische Autorisation allgemein noch in *judicio* zugelassen, wenn nur die richterliche Vollmacht durch *exceptio doli* erweitert war. Es sind also die Richter gewesen, welche die Compensation zum allgemeinen Principe erhoben.

Und es ist auch ganz begreiflich, daß gerade das Organ der römischen Rechtsbildung, welches der juristischen Theorie am fernsten, dem Leben am nächsten stand, Träger der Compensationsidee wurde. Vom streng juristischen Standpunkte aus läßt sich kaum begreifen, wie sich der Schuldner, welcher eine bestimmte Leistung versprach, von der eingegangenen Verbindlichkeit befreien kann, wenn er eine Gegenforderung vorschützt und Abrechnung verlangt. Der Richter aber, der Privatmann, der erkannte, daß durch die wechselseitige Entfristung und Aufhebung der Gegenforderungen der Vermögensstand beider Partheien gerade in denselben Zustand komme, wie wenn die Leistung von beiden Seiten erfolgt wäre, mußte es natürlich und recht finden, durch diese einfache Operation den Beklagten von der Nothwendigkeit zu entbinden, Zahlungsmittel oft mit schwerer Mühe und Opfern herbeizuschaffen, die er wieder zurückfordern konnte; ihm mußte es unbillig scheinen, wenn der Gläubiger, den einfachen Weg verschmähend, gestützt auf sein formelles Recht, wirkliche Erfüllung erzwingen wollte und er sah darin wohl gar die verdächtige Absicht, Zahlung vom Schuldner einzutreiben, diesem aber die Gegenschuld nicht zu leisten. Als dies im Leben und in der Praxis feststand, als die Zulässigkeit der Compensation durch Rescript bestätigt war, nah-

men die Juristen den neu gewonnenen Rechtsatz auf und wußten dann in ihrer Art die Konsequenzen zu ziehen. Die Entwicklung ist also ganz dieselbe, wie im *bonae fidei iudicium*, wo zuerst der besonders tüchtige Richter (*magnus iudex*)¹⁾ Compensation zuläßt, bis sich die Praxis so feststellt, daß selbst Theoretiker, die sie durch die Formel nicht für gerechtfertigt hielten, sich vor ihr beugten.

Indeß ist es natürlich, daß sich dieser Bildungsprozeß bei den strengen Klagen später vollzog als bei den freien; zur Zeit des Tiberius und Caligula hatte er kaum begonnen. Wir sehen aus einer merkwürdigen, noch nicht benutzten historischen Notiz, daß die Juristen dieser Zeit, Nerva und Atilicinus²⁾ in dringenden Fällen noch durch *exc. in factum* zu helfen suchten.

Ulpianus libro 76 ad edictum fr. 4 §. 8 D. de doli m. exc. 44, 4. Item quaeritur si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas? Extat Nervae et Atilicini sententia dicentium, ita esse excipiendum: *si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones reddantur, sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.*

Der Schuldner hat seinem Gläubiger Verlen zum Pfand gegeben und war mit ihm gebräuchlicher Weise übereingekom-

1) Vergl. §. 88 u. folgende.; *magnus iudex* steht wie *magnus imperator* u. vergl.

2) Nerva und Atilicinus respondirten häufig zusammen (vergl. Gaj. I. 7), 3. B. auch noch fr. 7 pr. D. de conditione causa 12, 4. Atilicinus wird auch neben Sabinus genannt fr. 6 §. 4 D. comm. div. 10, 3. vergl. Zimmern, Rechtsgesch. I. S. 320.

men, daß dieselben nach der Zahlung der Schuld restituirt werden sollten (*contractus pignoratitius*). Die Perlen gingen durch prästabile culpa des Gläubigers zu Grund, dieser wurde dadurch seinem Schuldner hinwiederum unmittelbar zur Entschädigung *ex bona fide* verpflichtet, wenn auch die Restitutionsklage selbst erst *soluta pecunia* gegen ihn zulässig gewesen wäre. Jetzt klagt der Gläubiger den Schuldner aus, dieser will aber seinen Entschädigungsanspruch entgegenstellen. In Bezug darauf existirte, wie Ulpian berichtet, noch eine alte *Sententia* von Nerva und Atilicinus. Sie waren der Meinung, da doch beide Forderungen in einer gewissen Verbindung ständen, so müsse wohl geholfen werden. Der Beklagte solle sich vom Prätor eine besondere *exc. in factum* ertheilen lassen, welche den Richter anweise, zu absolviren, wenn jene Gegenforderung begründet sei. Ulpian hält das vom Standpunkte seiner Zeit aus nicht für richtig, der Schuldner soll nur eine *exceptio doli* einfügen lassen; dadurch ist der Richter schon ermächtigt, die Gegenforderung zu berücksichtigen, soweit es billig ist; es folgt dann keine steife Abweisung, wie sie Consequenz des Vorschüzens einer *exc. in factum* sein müßte, sondern Minderung der Condemnation¹⁾; daher *verius est nocere debere*.

An solchen exorbitanten Fällen, in denen schon der Magistrat regelmäßig eine *exceptio in factum* gab, rankte sich dann wohl zuerst der Satz auf, daß der Richter, wenn eine *exceptio*

1) Die Glosse hat allerlei Bedenken: *Item quomodo fit haec compensatio quantitatis ad speciem? resp. Hug. re amissa ad quantitatem tenetur debitori creditor. Item cum ipso jure compensatio tollat actionem quomodo excipitur!* resp. *exceptio intentionis hic dicitur doli. vel verius non comp. est haec exceptio u. f. f.*

doli vorgeschützt sei, auch Gegenforderungen berücksichtigen könne¹⁾. Davon war aber freilich noch sehr weit bis zur allgemeinen Zulassung der Compensation und große Schwierigkeiten waren noch zu überwinden.

Wenn auch in *stricti juris jud.* die richterliche Vollmacht durch die *exceptio doli* erweitert war, und immer mehr erweitert wurde, so hielt man doch lange an der Schranke fest, daß der Richter nur zwischen der angelegten Condemnationssumme und der Absolution zu wählen habe; man fand ihn namentlich nicht befugt, die Condemnation der *a. certae pecuniae*, welche auf eine ganz bestimmte Summe gestellt war, zu *minuiren*²⁾. So lange das noch galt, konnte die Compensation nur eine beschränkte Existenz haben. Der Richter, der die Compensation der Gegenforderungen billig fand, konnte sie nicht direkt durch die Endsentenz herbeiführen, er mußte sich auf andere Weise helfen. Er legte den Parteien auf, ihre Forderungen bis zu gleichem Betrage miteinander zu kompensiren, und verpflichtete den Beklagten, den Ueberschuß zu zahlen oder zu *spondiren*; dann absolvirte er. Weigerte sich der Kläger hartnäckig, auf die Verständigung über die Compensation einzugehen, so wurde er völlig *summovirt*; weigerte sich der Beklagte,

1) Wir finden vielleicht gerade davon ein Beispiel bei Seneca *de beneficiis*, der zwar im Allgemeinen am Grundsatz festhält *lib. VI. c. 5*, man müsse „*duobus nominibus separatim respondere*“; aber doch im *c. 4* als Beispiel einer Compensation aufführt: *tanquam pecuniam aliquis mihi credit, sed domum meam incendit, pensatum est creditum cum damno*. Der Gläubiger, welcher des Schuldners Vermögenszustände durch Schadenszufügung beroutirt hat und dann die pecunia credita einlaget, ohne sich auf Abrechnung einzulassen, handelt natürlich doppelt *dolos*. Näher können wir auf die Stelle des Seneca erst im folgenden Kapitel §. 27 eingehen.

2) Vergl. §. 22 a. E.

der aufgelegten Verpflichtung nachzukommen, völlig kondemniert. In solchem embryonenartigen Zustande scheint sich die Compensation in str. juris judiciis noch zur Zeit des Julianus bewegt zu haben. Er berichtet uns:

Fr. 2 D. de compens. Julianus libro 90 Digestorum. Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem summovet, si paratus est compensare.

Brinz¹⁾ hat zuerst bemerkt, daß Julian hier von einer „Abweisung“ des Klägers spricht, wenn der Beklagte zur Compensation bereit ist, nicht aber von einer „Compensation“ durch den Richter und er hat ebenso mit Recht nachgewiesen, daß an eine Abweisung in Folge einer exceptio wahrscheinlich einer exceptio doli gedacht werde. Allein nicht richtig ist, wenn er nun annimmt, aus unserer Stelle gehe hervor, daß Abweisung in Folge der exceptio doli immer dann eingetreten sei, wenn der Beklagte zur Compensation in jure bereit war und der Kläger aus irgend einem Grunde nicht darauf einging, vielmehr die volle Forderung eingeklagt hat. Im Gegentheil soll, dem Wortlaut der Stelle gemäß, Summotion gerade nur dann erfolgen, wenn der Beklagte (in judicio) bereit ist (paratus est) zu kompensiren und — wie wir unserem abgerissenen Fragmente unbedenklich zufügen können — der Kläger sich trotz des richterlichen Entscheids hartnäckig weigert, sich mit dem Beklagten zu verständigen.

In diesem Stadium hatte die Compensation immer nur noch eine zweifelhafte, bedingte Existenz und es erklärt sich daher leicht, warum Gajus²⁾, der unsere Lehre in seinen Insti-

1) Brinz, Compensation S. 77.

2) Gajus IV. §. 61—69.

tationen doch ziemlich ausführlich bespricht, von einer regelmäßigen Anwendung der Compensation im ordentlichen str. juris iudicio nichts berichtet ¹⁾).

1) Von einer Compensation, die schon zur Zeit *Hadrianus* bei einer strengen Klage (einer *condictio sine causa*, aber auch einer *vindicatio*) zur Sprache kam, handeln fr. 7 §. 2 und fr. 32 §. 9 D. de don. i. v. et ux. 24, 1; doch ist das da berührte Verhältniß ein ganz Eigenthümliches. In fr. 7 §. 2 cit. berichtet *Ulpian* libro 32 ad *Sabinum*.

Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit compensationem fieri donationum; idque divus Hadrianus constituit.

Gegenseitige „Schenkungen“ von gleicher Größe sollen nach einer Constitution *Hadrianus* von vornherein an und für sich als kompensirt gelten, nicht als getrennte, besondere rechtliche Erscheinungen betrachtet werden. Demnach ist die *condictio* auf die Bereicherung des einen beschenkten Ehegatten unstatthaft, wenn dieser auch das Geschenk noch hat, der Kläger aber das Gegengeschenk bereits konsumirte. Diesen Satz modificirt auf eine feine und interessante Weise *Ulpian* in fr. 32 (libro 33 ad *Sabinum*), in welcher Stelle nur *Dionysius Gothofredus* (n. 47 ad fr. 7. n. 58 ad fr. 32) Widerspruch erblicken konnte. Der Jurist berichtet, daß die *Ratio* von *Antoninus* über die Convalescenz der Schenkungen unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers zunächst nur von solchen Schenkungen sprach, durch welche der Beschenkte noch bereichert war, da außerdem der Beschenkte ohnehin nicht zur Rückgabe verhaftet, ein Rechtsschutz also kein Bedürfniß war. Dies reicht aber gerade in unserem Falle nicht aus: *sed et si non factus sit locupletior, dederit tamen eandem quantitatem eaque exstat, dicendum est, si is decessit, qui factus est locupletior posse repetere id, quod dedit, nec compensare id quod consumsit, quamvis divortio secuto haec compensatio locum habet.*

Compensiren sich auch regelmäßig gleiche Gegengeschenkungen unter Ehegatten als gleich ungünstig, so verhält es sich doch anders, wenn die eine der beiden Schenkungen durch den Tod des Schenkers rückwärts hin als convalescirt betrachtet wird; denn dann wird die Ungünstigkeit der anderen wieder ansehnbar, der kompensirende Umstand ist weggefallen. Sind daher die Voraussetzungen der Convalescenz vorhanden, so muß auch eine solche Gegengeschenkungen als convalescirt betrachtet werden, aus welcher der beschenkte überlebende Ehegatte nicht mehr bereichert, also nicht mehr haftbar ist; denn sie hatte immer noch die Wirkung, daß sie die Ungünstigkeit der Gegengeschenkungen bedeckte; convalescirt sie aber, so kann der überlebende Ehegatte das bei

Indessen hat sich nicht lange nach Julian die Schranke gebrochen, welche den Richter nach Vorschätzung einer *exc. doli* gebunden hielt, man hat ihm die Berechtigung gegeben, wenn er es für billig fand, direkt auf eine geminderte Condemnationssumme in Folge der durch die *exceptio doli* erweiterten Vollmacht zu sprechen und nun konnte die Compensation wie durch eine offene Bresche immer mehr einbringen ¹⁾.

Die Institutionen berichten namentlich, daß seit einem Rescript von Marc Aurel (*ex rescripto divi Marci*) die Compensation auch in den Gerichtsverhandlungen über strenge Forderungen (*in strictis judiciis*) Eingang zu finden pflegte (*inducebatur*), wenn eine *exceptio doli* opponirt war ²⁾.

§. 30. *Inst. de act. 4, 6. sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur* ³⁾.

den Erben des früher gestorbenen noch vorhandene Geschenk, ohne die Berufung auf Compensation fürchten zu müssen, zurückfordern.

1) Den Beweis führt §. 22.

2) Zu Mißverständnissen führt die sehr gewöhnliche, aber selbst sprachlich nicht richtige Interpretation, „durch ein Rescript wurde die Compensation eingeführt“ so fassen sogar Haffse, *Arch. Vb. 7 S. 172 u. 173*, Bangerow III. S. 349 die Stelle auf. — Allein einmal heißt es *ex rescripto*, nicht *rescripto*; dann wird nicht gesagt, das „Compensationsrecht“ wurde eingeführt, sondern „Compensation“ fand Eingang.

3) Recensien von Schrader. An Varianten fehlt es nach Schrader nicht, sie sind aber nicht sehr bedeutend. Einige Handschriften lassen et weg — andere lesen *stricti juris* — ein Codex (*Norimbergensis*) 14. Jahrh. hat *rescriptis* statt *rescripto* — Hotomannus gab *opposita* statt *opposita* heraus — mehrere Codices haben den Umstand, daß hier eine historische Notiz vorliegt, durch ein zugefügtes „olim“ recht verdeutlichen zu müssen geglaubt (*cod. Erlangens. 13. Jahrh. und ein späterer*); andere scheinen von anderen Grundsätzen ausgegangen zu sein und lesen *inducitur*. So vielfach und so früh hat sich die Conjecturalcritik an unserer Stelle versucht.

Und diese wichtige Mittheilung wird durch manche andere Quellenzeugnisse direkt oder indirekt bestätigt

1) die größte Beachtung verdient vor allem die Paraphrase des Theophilus, welche um so wichtiger ist ¹⁾, weil sie zugleich indirekt den Grund und zwar den richtigen Grund angibt, weshalb in Folge der exc. doli kompensirt werden konnte, und weil sie von einer ganz klaren Auffassung unseres Verhältnisses zeugt.

Και ταῦτα μὲν, ὅσον ἔκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς. Διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἢ τις φησὶν ἐναγομενόν με στρέψα ἀγωγῆ περὶ ἐ νομισμάτων, καὶ ἀντεποφειλόμενον ε, δυνάσθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφὴν. Καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδεται τῷ δικαστῇ, δέξασθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς ε μόνον καταδικάσαι νόμισματα.

Theophilus begnügt sich nicht damit, wie die Institutionen, im Allgemeinen zu berichten, daß Compensation nach Vorschätzung der exceptio doli zulässig war, er bezeugt uns, daß dies in Folge der durch exceptio doli erweiterten Vollmacht des Richters geschah (τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς χώρα δίδεται τῷ δικαστῇ), daß ihn diese berechtigte, die Condemnation zu mindern und Compensation zuzulassen.

2) Auch Paulus spielt darauf an, daß die Compensation in Folge der exceptio doli eintrete.

Paulus libro VI. ad Plautium fr. 8 D. de doli mali

1) Krug S. 59 verwirft dies Zeugniß als aus „einer ganz unhistorischen Zeit“ (graeca sunt). Brinz behauptet S. 66: „So ist denn Theophilus wenigstens an dieser Stelle nicht Redakteur der Institutionen gewesen.“

exceptione „Dolo facit“ — qui petit quod redditurus est ¹⁾).

Mit den Worten qui petit ist offenbar an einen Kläger gedacht, welcher kompensiren kann und doch die Summe einflagt, die er wieder zurückerstatten muß²⁾. In dem Satze „dolo facit“ wird ausgesprochen, daß die exceptio doli „si neque factum est, neque fiat“ in solchem Falle plaggreiflich ist.

Brinz³⁾ glaubt zwar, der Ausspruch von Paulus handle nicht von kompensablen Gegenforderungen, sondern beziehe sich auf den Fall, in welchem dem Schuldner vom Gläubiger Liberation vermacht sei. Derselbe sei also durch den in der Compilation folgenden §. 1 der Stelle zu erklären:

sic si heres damnatus sit, non petere „a debitore“ potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.

Aber dies wäre, wie schon Arndts⁴⁾ bemerkt hat, keine passende Anwendung des im Prinzipium ausgeführten Satzes. Der Erbe, welcher eine Schuld einflagt, deren Einflagung ihm der Erblasser verboten hat, deren Liberation dem Schuldner legit ist, handelt allerdings dolos. Aber offenbar nur deswegen, weil er das Verbot des Erblassers nicht achtet und eine nachgelassene Schuld einflagt; nicht weil er etwas fordert, was er wieder herausgeben muß. Ihm ist nicht etwa die Wiederherausgabe der eingetriebenen Summe vom Erblasser auf-

1) Wiederholt in fr. 173 §. 3 D. de div. reg. juris 50, 17.

2) Vergl. fr. 3 D. de compens. und das von Arndts angeführte fr. 2 §. 1 D. de rebus creditis 12, 1.

3) Brinz S. 47.

4) Arndts, Pand. S. 406, Anm. 3.

gelegt, sondern die Nichteintragung ¹⁾. Wenn dem Schuldner doch eine *condictio indebiti* unter Umständen zusteht, so gründet sich diese gerade darauf, daß er eine nachgelassene Schuld, der schon eine *exc. doli* entgegenstand, zahlte ²⁾.

3) Auch Ulpian hat uns schon oben ³⁾ fr. 4 §. 8 D. de doli mali exc. Zeugniß dafür abgelegt, daß *compensable* Gegenforderungen zu seiner Zeit in *stricti juris iudiciis* nach Berücksichtigung einer *exc. doli* berücksichtigt wurden, eine *exc. in factum* aber nicht mehr zulässig schien.

4) Endlich findet sich auch in einer Stelle von Venulejus libro 15 *stipulationum* fr. 6 §. 4 D. ratam rem. 46, 8, die sich mit einer prätorischen Stipulation beschäftigt, bei der freilich ganz besondere Verhältnisse obwalten, das Beispiel einer Compensation in Gefolge einer *exceptio doli*.

Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satis dederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem et si procurator domino eandem pecuniam sine iudice solverit, *condicturum*. Sed quum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat non inutiliter *doli mali* exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.

1) Die gewöhnliche Formel: *heres ne petito, damnas esto non petere, damnas esto liberare illum et non exigere* fr. 8 §. 3. fr. 19, fr. 22, fr. 25 u. f. f. D. de liberat. legata 34, 3.

2) Arnolds, loc. cit. „eine Verpflichtung zum Zurückgeben wäre nur daraus abzuleiten, weil der Empfänger *petendo dolo fecisset*.“ Paulus hätte also sehr ungenau gesprochen, wenn er im *Principium* an diesen Fall gedacht hätte.

3) Siehe Seite 181.

Ein Procurator hat die Forderung eines Gläubigers entgegengeleitet und Caution dafür geleistet, daß der Gläubiger dies genehmigen werde. Dieser aber rathabirte nicht, sondern klagte den Schuldner aus, verlor jedoch den Prozeß vermuthlich wegen eines formellen Fehlers. Die Stipulation des Procurators war nun nichtsdessenweniger kommittirt. Wenn der Schuldner aber die *actio ex stipulatu* gegen den Procurator anstellt, so soll der Gläubiger die Vertheidigung des Procurators übernehmen können und dann sogar berechtigt sein, die naturale Forderung, welche ihm immer noch gegen den Schuldner zusteht, auf die Klagssumme aufzurechnen. Diese Compensation²⁾ geschieht durch die Vermittlung der *exceptio doli*.

Trotz aller dieser Zeugnisse, die man übrigens zum Theil ignorirt hat, wird nun aber doch das Resultat, das wir in den Institutionen gefunden haben, in neuester Zeit aufs Entschiedenste verworfen, ja es wird für unmöglich erklärt³⁾, daß der Richter jemals in einem *str. juris iudicium* nach Vorschätzung einer *exceptio doli* compensirt habe, die Aussprüche der Quellen werden umgedeutet, des Irrthums beschuldigt und neue künstliche Systeme, auf mannichfachen Hypothesen beruhend, werden aufgestellt.

Die Veranlassung dazu lag in Folgendem. Man geht

1) Die Frage, ob sich aus diesem Fragment etwas zu Gunsten des *Sages* argumentiren läßt, daß aus einem freisprechenden Urtheil ein *naturale debitum* übrigbleibe, lassen wir hier billig auf sich beruhen; vergl. z. B. in Bezug auf diese Stelle Keller, *Litiscontest.* S. 159. Savigny, *System* Bd. 5 S. 376. Bangerow (6. Auflage) Bd. I. S. 312.

2) *Glossa ad h. loc. objiciendo compensationem naturalis debiti.*

3) Pringz, „Zweiter Abschnitt *per exceptionem* wurde niemals compensirt.“ S. 44 u. f. g. u. d., vergl. dens. S. 59, dann Scheurl Beiträge S. 149 u. f. g. u. d.

ziemlich allgemein von dem Satz aus, daß der Richter nach Vorschätzung einer *exceptio doli* nur zur völligen Abweisung der Klägers oder zur völligen Verurtheilung des Beklagten, nicht aber zur Minderung der Condemnation befugt sei; dies hält man für so selbstverständlich, daß man diese Behauptung zu beweisen nicht für nöthig erachtete. Dar- aus schloß denn Bethmann Hollweg ¹⁾, daß die Compens- ation in *str. juris judiciis* von anderer Wirkung gewesen sein müsse, als in einem *jud. bonae fidei*, dort sei Ermäßigung der Klage, hier völlige Abweisung des Klägers Folge gewesen. Sintonis ²⁾ hat dagegen mit Recht bemerkt, daß von einer Compens- ation, einer Entkräftung der beiden gegenseitigen Forderungen durch Abrechnung keine Rede sein könnte, wenn nur Abweisung der klägerischen Forderung, nicht Abzug und Ausgleichung gestattet sei, daß demnach jene Behaup- tung mit Justinian's Worten in *stricti juris judiciis* „*compensatio*“ inducebatur wie mit der Mittheilung von Theophilus in direktem Widerspruche stehe und daß sie also nach diesen bestimmten Zeugnissen zu verwerfen sei. Allein dabei sollte es sein Bewenden nicht haben.

Brinz hat zuerst dies Argument auf den Kopf gestellt. Weil er bei seiner Untersuchung zu finden glaubte, daß durch *exceptio doli* keine bloße Beschränkung der Condemnation herbeigeführt werden konnte, zog er daraus den Schluß, es sei in *str. juris judiciis* überhaupt niemals *per exc. doli* durch den Richter kompensirt worden, jene Aeußerung der

1) Bethmann Hollweg, *loc. cit.* S. 276. Krug S. 51.

2) Sintonis, *Zeitschr. für C. u. P.* Bb. 18 S. 24, vergl. auch Vangerow, Bb. 3 S. 349 *in fine*.

Institutionen sei auf andere Art zu interpretiren. Die Entwicklung der Compensation sei vielmehr folgende gewesen ¹⁾.

Bereits geraume Zeit vor Marc Aurel habe man dem Beklagten zu Gunsten compensabler Gegenforderungen eine *exc. doli* gegeben, darauf spiele schon *Labeo* ²⁾ an und davon spreche namentlich *Julian* in fr. 2 D. de comp. Durch Vorschützung dieser *exceptio* sei aber der Richter, dem das Dasein compensabler Gegenforderungen erwiesen wurde, in keiner Weise zur Compensation bevollmächtigt worden; vielmehr habe er, falls er dasselbe anerkennen mußte, den Kläger unbedingt abweisen müssen, da er zur Minderung der Condemnation nicht berechtigt war. Der Kläger sei daher, durch die Gefahr der völligen Abweisung, die ihm die *exc. doli* brohte, genöthigt worden mit dem Beklagten vor der *Litiscontestatio* einen Compensationsvertrag über die wechselseitige Aufhebung der Gegenforderungen abzuschließen; erst dann konnte er sicher den Rest einklagen. Eine Compensation „*per exceptionem*“ durch den Richter sei unmöglich, es sei nur „*propter exceptionem*“ durch die Parteien compensirt worden.

Doch hätten diesem Verfahren manche *iniquitates* angehängt ³⁾. Wenn der eine Gläubiger *Gajus* eine Forderung von 1000 einklagen wollte und ihm von dem Beklagten *Sejus* eine Gegenforderung von 100 entgegengesetzt worden sei, de-

1) *Brinz*, S. 76 u. 77.

2) *Brinz* bezieht hierher fr. 13 D. de comp. Wir haben indessen schon nachgewiesen, daß sich dies aller Wahrscheinlichkeit nach auf die Concurstheorie bezog. Vergl. unsere Interpretation S. 59.

3) *Brinz* S. 84. *Scheurl* S. 165.

ren Größe und Existenz ihm zweifelhaft schien, so habe er den Streit über jene 100 nicht einstweilen aussetzen und in-
zwischen den ihm ohne Zweifel zuständigen Rest von 900 einlagen können. Denn der Gegner habe das Recht gehabt, daß die Gegenforderungen vor der Klage bis zu gleichem Betrag durch Vertrag kompensirt würden und habe, falls dieser nicht geschlossen war, durch Berufung auf die kompensable Gegenforderung in Folge der *exceptio doli* immer Abweisung des Klägers verlangen können, also auch dann, wenn dieser nur den Rest von 900 einlagte. Wer also über die Existenz einer Gegenforderung ungewiß war, habe nur die Wahl gehabt, entweder alle 1000 einzulagen und zu wagen oder, wenn er sicher gehen wollte, zu kompensiren und so möglicherweise 100 wegzuschicken.

Dem habe man abhelfen wollen und darum sei es so gut wie gewiß, daß man um die Zeit von Marc Aurel die *exceptio doli* gerade ganz abgeschafft habe¹⁾ und daß es allgemeine Regel geworden sei, daß man ohne vorgängige außergerichtliche Compensation und ohne Gestattung einer *exceptio doli* nur noch den Ueberschuß der Forderung einlagte. Zu diesem Behufe habe man dem Kläger jetzt regelmäßig die *actio cum compensatione*, mit welcher früher nur der Wechsler klagen mußte, aufgezwungen²⁾.

Dieser Versuch hat eine doppelte Grundlage, er beruht

1) Brinz S. 84 u. 85.

2) Etwas modificirt wird dies von Scheurl S. 163 signe., welcher meint, die *a. cum deductione* des bon. emtor. sei in gleicher Weise erweitert worden.

etnesthells auf der Behauptung, daß das Zeugniß der Institutionen nicht von der Zulassung einer Compensation in Gefolge der Vorschüzung einer *exc. doli* handelte und daß überhaupt eine Minderung der Condemnation, also auch eine Compensation in Gefolge der Vorschüzung einer *exceptio doli* unmöglich gewesen sei; dann aber auch auf der Annahme, daß sich eine allgemeine Ausdehnung der Wechselklage in den Quellen nachweisen lasse. Alle diese Annahmen halten wir für irrig. Wir werden in Folgendem nachweisen

- 1) daß die Versuche, dem Institutionenzeugnisse eine neue Deutung zu geben, mißlungen sind, S. 19;
- 2) daß in der späteren klassischen Zeit eine Minderung der Condemnation nach Vorschüzung der *exc. doli* allerdings möglich und in häufigem Gebrauche war, S. 20 u. flgnde.;
- 3) daß die behauptete allgemeine Nöthigung zur Wahl der Wechselklage weder an und für sich wahrscheinlich, noch äußerlich gerechtfertigt ist, S. 23 u. flgnde.

Durch diese Nachweise werden wir denn zugleich den Entwicklungsgang, den wir gezeichnet haben, fester begründen und die Zweifel und Einwürfe, die uns noch entgegengestellt werden könnten, beseitigen. Dagegen müssen wir die Frage, ob die Mittheilung der Institutionen etwa in Widerspruch mit jenen Stellen stehe, die von einer Compensation handeln, die *ipso jure* eintrete, dahingestellt sein lassen, bis wir (im ersten Kapitel des zweiten Buchs) den Sinn und die Bedeutung dieses *ipso jure* in nähere Erwägung ziehen können.

§. 19.

K. Angriffe auf das Institutionenzengniß (§. 20 J. de actionibus).

Der Text der Institutionen in Bezug auf die str. juris judicia lautet, wie schon bemerkt, sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Man sollte glauben, über die Auslegung dieser Notiz könne kein Zweifel sein; es werde uns hier gesagt, daß auch in Prozessen über strenge Klagen seit einem Rescript von Divus Marcus Compensation Eingang fand, wenn eine exceptio doli mali opponirt war.

Trotzdem ist diese Stelle von jeher Angriffen unterworfen gewesen und hat zu den verschiedensten Deutungen Anlaß gegeben. So hat schon Bellojus gemeint, Tribonian habe hier „stricti juris actiones“ mit a. in rem verwechselt ¹⁾. Brinz dagegen, der genaue Musterung über alle einzelnen Glieder hält, glaubt, es sei nicht zu bezweifeln, daß Divus Marcus etwas von einer „exc doli“ rescribirt habe und ebensowenig, daß diese exceptio die „stricti juris judicia“ betroffen habe, aber der Sinn des Wortes „compensatio“ sei nicht sicher; Marc Aurel habe nicht eine Compensations- einrede, sondern eine Retentions einrede in stricti juris jud. eingeführt ²⁾.

Zwar handelt unser Institutionenabschnitt gerade von der Compensation, und man sollte glauben, hier, wenn irgendwo,

1) Bellojus „quod Tribonianus in stricti juris judiciis de doli mali exceptione rescripsit ad actiones in rem pertinere existimo.“ Meermann, thes. tom. IV. S. 735 a.

2) Brinz, Compens. S. 57.

habe *compensatio* in seinem technischen Sinne stehen müssen. Allein die Institutionenverfasser hätten, meint Brinz, die *c. ult. C. de compensationibus* ¹⁾ von Justinian vor Augen gehabt; in dieser habe aber, meint er weiter, Justinian eine Vereinigung der Rechtsmittel der „Retention“ und der „Compensation“ herbeigeführt und bestimmt, daß nun beide Rechtsmittel gleicherweise ohne Vorschätzung einer *exceptio* in jedem Prozesse (*ipso jure*) geltend gemacht werden könnten. — Zwar erwähnt Justinian in dieser Constitution mit keiner Silbe der Retention, zwar findet sich in ihrem Texte nicht die entfernteste Andeutung von der Absicht, Compensation und Retention zu einem Institut zu vereinigen; allein „sicher“ ²⁾ habe die Constitution einmal eine erklärende Einleitung gehabt, und in diesem nun verlorenen Präludium sei gezeigt worden, was unter den verschiedenen Compensationen zu verstehen sei, die Justinian zusammenfasse und verschmelze. Daraus ergebe sich denn, daß man zu seiner Zeit in den Institutionen die Retentionseinrede, von der Marc Aurel gesprochen habe, mit der Compensationseinrede verwechseln konnte. Allein

1) Weber die Institutionen, noch Theophilus, noch die Basiliken wissen etwas von jenem „Präludium“ der Constitution, in welcher gerade der Kern ihrer Bestimmungen enthalten gewesen sein soll; sie wissen ebensowenig etwas von jener wichtigen und doch einer Erwähnung würdigen Verschmelzung des

1) *C. ult. C. de compens. Compensationes ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.*

2) Brinz, *Compensation* S. 53 u. 56.

Institut der Retention und der Compensation. Auch in der Pandektenkompilation findet sich von derselben keine Spur und namentlich wird die Geltendmachung einer Retention in unzähligen Stellen immer noch von der Vorschüzung einer *exceptio doli* abhängig gemacht ¹⁾.

2) Jene — nirgends bezeugte — Verschmelzung ist aber auch deshalb unglaublich, weil sie ein juristischer Mißgriff wäre. Retention und Compensation sind ihren Wirkungen und ihrem Zwecke nach diametral entgegengesetzte Institute. Erstere erzwingt Effectivverfüllung, letztere soll anstatt der Effectivverfüllung eine Ausgleichung herbeiführen ²⁾. Eine wahre Vereinigung ist daher undenkbar.

3) Wenn auch zur justinianischen Zeit Retention und Compensation verschmolzen gewesen wären, so waren sie jedenfalls zu Marcus Zeit verschieden. Das Referat hätte daher immer von Retention sprechen müssen, wenn Marcus die „Retention“ eingeführt hätte, von „Compensation“, wenn er darüber etwas verfügte. Es hätte sich sonst gerade so verkehrt und unrichtig ausgedrückt, als wenn berichtet wäre, der Kaiser Augustus habe die Legate zuerst eingeführt und *extra ordinem* klagbar gemacht ³⁾.

4) Marc Aurel kann die Retentionseinrede in *strictis jud.* nicht erst eingeführt haben, da sie vorher schon in Fällen, wo sie billig war, vorkam. Vergl. z. B. fr. 8 D. de vino tritico 33, 6. Pomponius libro 6 epist. fr. 60 D. de legatis I. Julianus libro 32 Digestorum.

1) Vergl. darüber Schenk, Retentionsrecht S. 31 Anm. 6.

2) Vergl. S. 18.

3) Vergl. aber §. 3 J. de legatis 2, 20 und §. 1 J. de fideicommiss. her. 2, 23.

5) Theophilus charakterisirt die Compensation, welche im Gefolge des Rescripts Marc Aurels Eingang fand, noch näher dadurch, daß er als ihre Wirkung Minderung der Klagforderung, Verurtheilung des Beklagten auf den bloßen Ueberschuß angibt. Es ist demnach unmöglich, daß diese „Compensation“ eine „Retention“ war. Wir können aber diese Mittheilung des Institutionenverfassers nicht dadurch für besetzt halten, daß man heutzutage die Rottiz des Theophilus als „unwahr“ ¹⁾ verwirft.

Ganz ungegründet ist auch die Behauptung, die Paraphrase stünde hier mit dem Texte der Institutionen selbst im Widerspruch; denn die Institutionen sagten wohl, daß auch in *str. juris judicis* der Richter auf Gegenforderungen zu achten habe, sie sagten aber nicht, daß er den Beklagten auf ein minus kondemnit habe; im Gegentheil werde dies gerade erst der justinianischen Constitution zugeschrieben ²⁾. „Sed nostra constitutio easdem compensationes — *latius* introduxit, ut actiones ipso jure *minuant* sive in rem sive in personam.“ Diese Interpretation ist aber durchaus unhaltbar, denn die Neuerung, auf die angespielt wird, bestand, wie ausdrücklich gesagt wird (*latius* introduxit), in einer Ausdehnung der Compensation auch auf nicht persönliche Klagen, nicht aber in einer etwaigen Veränderung der Wirkungen der Compensation. Der angebliche Widerspruch des Textes mit der Paraphrase, bei welcher letztere zu weichen habe, ist völlig unerfindlich.

1) Krug S. 59. Brinz S. 63 u. 66.

2) Brinz S. 65. Schon Bethmann-Hollweg S. 274 u. fignde. S. 279.

Die bestimmte Aeußerung des Theophilus hat in neuerer Zeit Scheurl¹⁾ bestimmt, noch eine andere Erklärung unserer Institutionenstelle aufzusuchen. Auch er hält daran fest, daß unsere Stelle nicht sagen könne, bei strengen Klagen habe Compensation im Gefolge der Einfügung der *exceptio doli* Eingang gefunden. Er sieht aber nicht wie Bellojus, die Bedeutung von *stricti juris actio*, noch wie Brinz den Sinn des Wortes *compensatio* an, er geht feiner zu Werk, dem Satz *doli mali exceptione opposita* soll ein neuer Sinn untergelegt werden. Die Worte *exceptione doli opposita* sollen gar nicht bezeugen, daß Compensation dann stattfindet, wenn der Formel eine *exceptio doli* eingefügt sei; vielmehr sollen dieselben das Vorbringen des „materiellen Einwandes der Unredlichkeit“ in *jure* bezeichnen, welches dann zur Folge gehabt habe, daß dem Kläger eine Formel aufgezwungen ward, welche Compensation vermittelte. Scheurl selbst erklärt den Sinn unseres Rescriptes (*exc. doli opposita compensatio inducebatur*) wörtlich so²⁾: „wenn der Beklagte diesen Einwand (der Unredlichkeit) vorgebracht hat, so soll eben nun keine *exceptio doli* in die Formel gesetzt werden, sondern es soll dieser eine solche Einrichtung gegeben werden, daß der Richter, wenn er den Compensationsanspruch begründet findet, den Kläger nicht abweisen muß, sondern seine Verurtheilung auf ein Minderes zu beschränken hat.“

Man muß in der That bereits entschlossen sein, den einfachen Gedanken der Institutionen um jeden Preis zu verwerfen, wenn man eine solche Erklärung annehmbar finden will.

1) Beitr. S. 161 u. folgende.

2) Beiträge S. 162.

Was die Institutionen hervorheben, wird dadurch zu einem unwesentlichen Factum herabgebracht; wovon sie nicht reden, wovon sich auch nicht die entfernteste Spur findet, als ihr eigentlicher Gedanke, als das einzig Relevante und Charakteristische hereingelesen. — Die Institutionen wissen nichts davon, daß eine Compensation durch eine Einrichtung der Klagformel vermittelt worden sei, — dies soll gleichwohl gerade die Meinung Marc Aurels gewesen sein; dagegen sprechen sie davon, daß die Compensation *opposita exceptione* Eingang fand, das soll nun nicht relevant sein, es soll bloß heißen, daß die Klagformel, welche die Compensation vermittelte, dem Kläger nur aufgezwungen wurde, wenn der Beklagte in jure eine Compensationseinrede opponirte und damit behauptete, daß in der vollen Klage ein Dolus liege. So wird durch die Combination beider Operationen allmählig das Gegentheil von dem, was die Stelle sagt, herausgelesen; bei solchem Verfahren könnte aber kein Text mehr sicher stehen.

Zudem halten wir es nicht für richtig, daß man das Gerede vor dem Prätor, wodurch man den Magistrat zur Denegation einer Klage oder zur Verweisung des Klägers auf eine andere Formel veranlassen wollte, eine *exceptio doli* genannt habe. Im Gegentheil wird das Denegiren einer unbilligen Klage immer in Gegensatz zu dem Vorschützen einer *exc.* gestellt. Wenigstens ist bis jetzt durch kein Beispiel dargethan, daß die Römer jemals jenen Sprachgebrauch verlassen hätten.

Völlig unglaublich scheint uns aber, daß *exceptio doli opposita* in solchem Sinne gebraucht habe. *Opponere exceptionem* war ein prägnantes *ponere* und hatte technisch den Sinn einer durch den Beklagten der Formel zugesetzten Exception. Darum wechseln die Juristen mit dem Ausdrucke *exceptio*

posita und opposita, und wenn sie uns sagen wollen, daß die Vollmacht des Richters durch die Aufnahme einer exceptio in die Formel erweitert wurde, so bezeichnen sie dies bald mit dem Ausdrucke *exceptione doli posita*, bald *opposita*. 3. D. fr. 48 D. de rei vind. 6, 4. *exceptione posita per officium iudicis fructus servantur*. — fr. 42 D. de mortis causa don. . . . *doli non inutiliter opponetur exceptio; bonae fidei iudicio autem constituto . . . c. 3 C. de except. 8, 36. replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit*. fr. 7 D. de dote praelegata 33, 4. *opposita doli exceptione non ante solvere cogetur*. fr. 64 D. locati 49, 2. *an sumtus reputare posset opposita doli mali exceptione u. s. f. 1)*. Gerade so verhält es sich hier; durch die Erweiterung der richterlichen Vollmacht in Gefolge der Einfügung der *exceptio doli* wird die Möglichkeit gegeben, auch „in strictis iudiciis“ Compensation vorzubringen.

§. 20.

**III. Minderung der Condemnation durch *exceptio doli*.
Allgemeine Quellenausprüche.**

Mit dem Nachweis, daß die bisherigen Versuche das Zeugniß der Institutionen und des Theophilus zu entkräften, mißlungen sind, haben wir freilich bei unseren Gegnern noch wenig gewonnen. Denn diese behaupten, es sei unmöglich gewesen, daß man jemals im klassischen Rechte per *exceptionem* kompensirt habe, eben weil eine Minderung der Condemnation in Folge einer Einrede unmöglich gewesen sei 2). Unmögliches kön-

1) Cfr. noch fr. 29 D. de iure dotium 23, 8. fr. 3 §. 11 D. de adim. legati 32, 4. c. 3 C. de non. num. pec. 4, 80.

2) Vergl. S. 190. S. 192.

nen wir aber selbst dem Theophilus und den Instituten nicht glauben.

Die Frage, ob nach Vorschätzung einer *exceptio* Minderung der Condemnation — in Fällen, wo es eben billig erscheint, eintreten konnte — ist daher noch aufs genaueste zu untersuchen. Wir haben einmal, wie bisher meist geschah, die allgemeinen Gründe, die allgemeineren Mittheilungen der Quellen in Erwägung zu ziehen; dann aber noch — was allein zur Entscheidung führen kann — wo möglich Beispiele aufzusuchen, welche uns über die Behandlung der *Partialeinreden* bei den Römern sicheren Aufschluß geben können.

Wenn wir nun aber — um zuerst auf das Allgemeine einzugehen, — die verschiedenen Fälle überhaupt betrachten, in welchen das klassische Recht eine Abweisung des Klägers kennt, so ist nicht zu leugnen, daß uns hier manches Fremdartige entgegentritt und daß gar häufig eine unbedingte Abweisung des Klägers erfolgt, wo im heutigen Rechte von solcher keine Rede sein könnte. Wer in Bezug auf die Summe, den Ort, die Zeit zu viel fordert, der verliert seinen Prozeß und kann nie wieder klagen ¹⁾. Noch mehr — wem eine dilatorische Einrede entgegengestellt wird, der hat, falls sie begründet ist, seine Klage zu verschieben. Thut er dies nicht, beharrt er auf der Klageanstellung und wird ihm die Existenz der Einrede bewiesen, so verliert er sein Klagrecht für immer ²⁾. Diese Analogien haben gewiß mehr oder weniger auf die Ansicht ³⁾ eingewirkt, daß

1) Gajus IV. 53.

2) Gaj. IV. 123. *Observandum est ei, cui dilatoria obijcitur exceptio ut differat actionem. alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit.*

3) Bethmann-Hollweg S. 277 n. 24. Krug, Compensation

auch die *exc. doli* gleiche Unbeugbarkeit hatte, daß auch sie, falls sie nur irgend begründet war, vollständige Abweisung des Klägers herbeiführte und sie scheint hier allerdings eine Stütze zu finden. Allein sehen wir näher zu, so finden wir doch, daß in jenen Fällen ganz andere Einflüsse wirkten und ganz andere Prinzipien zur Sprache kamen, als hier.

Die Klage, der sich eine *plus petitio* vorwerfen läßt, entbehrt von vornherein der richtigen Basis, der Anspruch, der eingeklagt wurde, ist nicht vorhanden, es versteht sich von selbst, daß sie als unbegründet abgewiesen wird. Auffallend ist nur, daß sie nicht später verbessert wieder angestellt werden kann ¹⁾.

Steht der Klage eine dilatorische Einrede entgegen, so ist ihre jetzige Geltendmachung durchaus unbillig, der Beklagte, dem eine solche Einrede, etwa der Vertrag innerhalb 5 Jahren eine Schuld nicht einzufordern, zur Seite steht, kann daher mit Recht vorerst völlige Abweisung der Klage des Gegners verlangen. So geschieht es noch heutzutage; merkwürdig erscheint uns aber, daß die Klage bei den Römern später nach Ablauf der Frist nicht wieder, wie bei uns, erneuert werden kann, vielmehr für immer konsumirt ist.

Und dies erklärt sich allerdings nur aus der Gerichtsverfassung der klassischen Zeit. Rechtssprechen war keine Beamtung, sondern eine Last der Bürger. Einmal konnte jeder Kläger seinem Mitbürger zumuthen, daß er einen Rechtspruch über eine Sache übernehme, aber ihn öfter seinen Geschäften zu entziehen, um neue verbesserte Klage anzuhören, dies schien regelmäßig

§. 51. „Gänzliche Abweisung“ folgt aus dem Wesen eines „*judicium strictum*.“

1) Keller, *Litiscoestation* S. 497 Anm. Vergl. auch Becker, *Consumption* S. 61 u. Anm.

— in Ausnahmefällen findet sich Restitution — unzulässig. Deshalb ist der Satz, daß jeder Anspruch nur einmal eingeklagt werden könne, bis zur Aufrechterhaltung der alten Gerichtsordnung so zäh festgehalten worden.

Wir handeln aber nun von einem Falle, in dem die angestellte Klage an und für sich durchaus begründet ist, in dem der Schuldner auch keine Einrede vorzubringen hat, welche gänzliche Abweisung des Klägers als billig erscheinen ließe, in dem er vielmehr gerade einen Einwand opponirt, bei dessen Vorhandensein völlige Absolution des Beklagten ebenso hart erschiene, als unbefränkter Zuspruch der Klageforderung und es fragt sich, ob auch hier nichtsdestoweniger unbedingte Abweisung erfolgte. Man nehme an, der Beklagte habe einen Nachlassvertrag auf einen Theil der Schuld vorzuschützen. Das Billigkeitsgefühl der Römer hätte sehr unausgebildet sein müssen, wenn dann völlige, unbedingte Abweisung materiell als billig gegolten hätte. Und da die *exceptio doli* eben dazu bestimmt ist, das materielle Recht zu verwirklichen, so ist es von vornherein sehr unwahrscheinlich, daß man gerade durch sie die wahre Billigkeit erbrückt und geschmälert habe.

Doch versehen wir unseren Streit in das Gebiet der positiven Quellenzeugnisse und betrachten wir vor allem ihre allgemeineren Darstellungen.

Noch die meiste Unterstützung scheint Gajus der Ansicht zu geben, daß jede begründete *Exceptio* zur völligen Abweisung des Klägers führe¹⁾. In seiner ganzen ausführlichen Darstellung gedenkt er auch nicht mit einer Silbe der Möglichkeit,

1) Gaj. IV. §. 115 — 120. Keller, röm. Civilprozeß S. 150.

daß die Condemnation in Folge einer Clarede minuit werde, überall ist ihm Abweisung die Folge. Allein entscheidend ist dies nicht. Denn Gajus beabsichtigt nicht, eine allgemeine Definition zu geben, er hat bloß einzelne Fälle im Auge ¹⁾, er berührt solche Verhältnisse, in denen eine bloß theilweise Abweisung billig wäre, etwa einen Nachlaßvertrag über die halbe Forderung mit keinem Worte; er beschäftigt sich vielmehr ausschließlich mit Beispielen, in welchen die Verweigerung jeder Verurtheilung natürlich ist. Und es ist dies nicht das einzigemal, daß Gajus den regelmäßigen Fall weitläufiger erklärt, das Außergewöhnliche aber übergeht, um seine Schüler nicht durch Ausnahmen zu verwirren und das eben Festgestellte nicht wieder zu verwischen.

Bleibt aber Gajus neutral, so sind Ulpian und Paulus desto entschiedener. Sie nehmen den Satz, daß eine Exception auch eine Minderung der Condemnation herbeiführen könne, sogar in die Definition unseres Formeltheils auf und lehren, die Exception sei eine Bedingung, welche die Condemnation bald vereittle, bald mindere.

Paulus libro singulari de variis lectionibus fr. 22 D. de exceptionibus 44, 1.

Exceptio est conditio, quae modo *eximit* reum damnatione; modo *minuit* damnationem.

Mit dieser Aeußerung von Paulus, welche den von den Neueren bezweifelden Satz, daß Exceptionen die Condemnation mindern konnten, in der unzweideutigsten Form ausspricht, stimmt denn auch, wie Keller ²⁾ mit Recht bemerkt hat, die

1) Beder, Consumption S. 92.

2) Keller, röm. Civilprozeß S. 150. Mit der Definition von

Definition, welche uns von Ulpian erhalten ist, vollständig überein.

Ulpianus libro 74 ad edictum fr. 2 pr. D. de exceptionibus.

Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae (inter) opponi solet actioni cujusque rei ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est ¹⁾).

Ihm ist also die exceptio ein Zusatz, welcher bald die intentio bedingt und demnach die Abweisung des Klägers herbeiführt, bald auch bloß die Condemnation modificirt und also nur eine Minderung veranlaßt.

Und es steht freilich mißlich mit jenem Axiom, daß eine Exceptio unmöglich zu einer bloßen Minderung der Condemnation führen könne. Allein man sucht die Beweiskraft dieser Stelle durch die Annahme zu beseitigen, daß Ulpian und Paulus nur an einige Einreden ganz besonderer Natur, die exceptio quod quis facere potest, die exceptio divisionis gedacht hätten, indem sie ihre Definition so weit griffen ²⁾); daß aber damit die Regel nicht erschüttert werde, wornach die Exceptionen nur zur völligen Abweisung führten; daß deswegen die exceptio doli doch nur unbedingte Summotion bewirken konnte.

Paulus „stimmt auch eine Aeußerung Ulpian's genau und natürlich verstanden zusammen“ a. A. Brinz S. 67. Scheurl, Beitr. S. 186 eigenthümliche Erklärung dieser Stellen vergl. darüber S. 200, 201.

1) Die Texte verschieden opponi, interponi — cludendum statt excludendum — die Conjectur cludendum ist jedenfalls unrichtig.

2) Brinz S. 69. Zweifelhaft läßt die Sache Keller, röm. Civilprozeß S. 151.

Ob dies richtig sei, kann sich uns freilich nur dann ergeben, wenn wir die einzelnen Arten der Exceptionen näher betrachten. Es wird dabei nothwendig sein, daß wir unsere Aufmerksamkeit zuerst auf die *exc. in factum* wenden, erst dann können wir die Wirkungen der *exc. doli* untersuchen und uns so dem Ziele unserer Betrachtung nähern.

§. 21.

Minderung der Condemnation bei den *exceptiones in factum* oder *legis*.

Es finden sich Thatsachen ¹⁾, welche eine Verurtheilung des Schuldners überhaupt regelmäßig als unstatthaft erscheinen lassen, wenn auch nach strengem Rechte ein Condemnationsanspruch vorliegt; so wenn der Vertrag, aus welchem geklagt wird, erzwungen ist, wenn die angerufene Stipulation ohne eine gehörige *causa* abgeschlossen war. Es gibt aber auch Verhältnisse, unter denen eine Verurtheilung aus einem civilrechtlichen Ansprüche nicht an und für sich unbillig ist, wohl aber die Condemnation über ein gewisses Maß hinaus. Umstände dieser Art sind seltener; es gehören hierher namentlich die Fälle des *beneficium competentiae*. Für beide Klassen finden sich besondere Formeln.

1) Diese Thatsachen sind übrigens halb negativer, halb positiver Art, in der Formel aber werden sie immer „in contrarium concipitur“ Gaj. IV. §. 119. Es ergibt sich daraus, daß es nicht richtig ist, wenn man meist behauptet (so auch Brinz S. 66), die Exception sei eine „negative“ Bedingung der Condemnation. Die s. g. *exceptio non adimpleti contractus* war z. B. positiv gefaßt Gaj. IV. 126 *ut ita demum emptor damnetur si res quam emerit tradita esset*. . . Darum scheidet Paulus fr. 20 D. de *exco.* 44, 1; *libr. sing. de conceptione form. die exceptiones . . . opponuntur aut quia factam sit . . . aut quia non factum non sit*; was eben für die Fassung von Wichtigkeit war. a. A. Keller, Civilprozeß S. 143. n. 378.

Für Thatfachen, bei denen dem Magistrat regelmäßig jede Verurtheilung unrecht schien, fand sich im Album eine ständige Exception mit der Formel *si, si non, quod non, extra quam u. s. f.*; mittelst dieser Partikeln wurde sie der *actio* eingefügt und es war dann nicht nur Voraussetzung der Condemnation, daß das klägerische Recht wirklich existire, sondern auch, daß jene Thatfache (z. B. Zwang bei Eingehung des Vertrags) nicht vorgekommen sei. Eine Minderung der Condemnation war dem Richter nicht aufgetragen, wie sie auch materiell nicht gerechtfertigt wäre.

Verschieden war die Form bei den Thatfachen, bei denen von vorneherein nur das Aussprechen der vollen Condemnation als unbillig erschien. Hier wählte der Magistrat eine Formel, welche nur die Größe bedingte; der fragliche Umstand wurde mit *duntaxat* der Condemnation angefügt.

Beide Klassen von Einreden sind gleicherweise Exceptionen, sie bilden gleicherweise Ausnahmen, welche die Durchführung der Rechtsregel hemmen, weil ihre Durchführung im concreten Falle hart oder unangemessen erschien, beide führen neue Umstände ein, durch welche die Verurtheilung ganz oder theilweise bedingt ist. Ihre Form ist verschieden, aber der Begriff und Name von *exceptio* ist nicht auf die eine Form beschränkt. Deshalb rechnet Paulus fr. 7 pr. D. de except. die *exceptio quantum facere potest* mit der Formel *duntaxat* unter den übrigen Exceptionen auf und ebenso nennt Ulpian diese Einrede fr. 63 §. 2 D. pro socio eine Exception ¹⁾.

1) Vergl. Keller, röm. Civilprozeß S. 151; das noch angegebene fr. 17 §. 1 D. sol. matr. 24, 3 handelt von einer „*doli exco.*“ gegen die *a. iudicati*.

Nun kann es aber vorkommen — und dies ist der Hauptpunkt des Zweifels — daß solche Umstände, bei deren Vorhandensein regelmäßig das Aussprechen einer Condemnation überhaupt als unangemessen erscheint und die deshalb in dem Album mit der ständigen Formel *si, si non concipitur* sind, sich in concreto vermöge besonderer Constellation zur Klage so verhalten, daß nur eine theilweise Verurtheilung als billig erscheint. Das S. C. Vellejanum verbietet die Intercessionen der Weiber vollständig, die *exceptio S. C. Vellej.* hemmt daher jede Verurtheilung aus einem Intercessionsgeschäfte und führt ihrer ständigen Fassung nach völlige Abweisung des Klägers herbei. Nun kann aber die Frau zum Theil intercedirt, zum Theil ihr eigenes Geschäft besorgt haben. Und hier fragt sich gerade, ob die Einrede aus dem *Senatusconsult* den Kläger auch in solchem Falle, in dem eine Verurtheilung auf einen Theil dem Gesetze nicht entgegenstehe, völlig *removirt*. Wer einen Nachlassvertrag abgeschlossen hat, kann natürlich mit der *exceptio pacti conventi* regelmäßig die ganze Klage zurückweisen; aber zweifelhaft ist es, ob völlige Abweisung auch dann erfolgt, wenn der Beklagte auch nur einen Nachlassvertrag über die Hälfte nachweisen kann.

Die Neueren bejahen diese Frage meist, wenigstens stillschweigend und glauben sich dabei auf die gewöhnliche Formel der *Exception*, welche ja eine völlige *Remotion* des Klägers herbeiführt, berufen zu können. Allein gerade darin liegt der Irrthum.

Dem Beklagten, welcher einen Nachlassvertrag über einen Theil, etwa die Hälfte der Forderung, abgeschlossen hatte, war die ständige *Exception* von gar keinem Nutzen. Hätte er sich dieselbe ertheilen lassen, so hätte er keine Abweisung des

Klägers erwirkt, sondern wäre nothwendig, trotz ihrer Einfügung, von dem Richter auf das Ganze verurtheilt worden. Denn die Formel der Exception lautete :

si inter A^m A^m et N^m N^m non convenit, ne ea pecunia, qua de agitur, peteretur ¹⁾).

Das traf bei einem Nachlassvertrage über die Hälfte der im Prozeß befangenen Summe nicht zu; die Condemnation war davon abhängig gemacht, daß kein Pactum über die Prozeßsumme ea pecunia, qua de agitur abgeschlossen war, ein solches fand sich in der That nicht vor und der Richter hatte nach seiner steifen Instruktion zu absolviren.

Ebenso verhält es sich, wenn etwa früher bereits über die Hälfte des jetzt im Prozeß befindlichen Gegenstandes Lis contestirt worden wäre; denn die Formel im Album lautete:

quod ea res (qua de agitur), in iudicium antea venisset ²⁾).

Und so war auch die ständige exceptio S. C. Vellejani nicht anwendbar, wenn das eingeklagte Rechtsgeschäft nur zum Theil eine Intercessio enthielt ³⁾. Da der Beklagte einmal

1) Gaj. IV. 119. Es fehlt zwar q. d. a. in der Handschrift; doch wird auch so Niemand zweifeln, daß ea pecunia gerade die eingeklagte Summe bezeichnet.

2) Cic. de or. 1, 37.

3) Es gibt freilich auch ständige Exceptionen, die anders gefaßt sind, z. B. die exc. quod metus causa „si in ea re nihil metus causa factum est.“ Ein bloß theilweiser metus zur Eingehung eines Contrakts ist aber auch undenkbar. — So verhält es sich auch mit anderen Einreden, bei denen ein Factum ohne Rücksicht auf die Größe des Klagpetitums ponirt wird, z. B. fr. 12 D. de except. quod praesudicium hereditatis non fiat u. s. f. — In Bezug auf die lex Cincia vergl. fr. Vat. §. 310 mit fr. 5 §. 2 D. de doli exc., wo vielleicht einer Partialcurede gedacht wurde.

streng von einer Thatsache die Condemnation abhängig gemacht hatte und sich nicht etwa durch *exc. doli* auf freies richterliches Ermessen stützte, so mußte er auch dafür sorgen, daß die bedingende Thatsache aufs genaueste angegeben war, denn der Richter konnte weder rechts noch links ausweichen. Wie der Kläger mit der Klage abgewiesen wird, durch die er mehr fordert, als ihm gebührt, so ist der Beklagte durch eine Einrede nicht geschützt, durch die er zu viel behauptet. In diesem Sinne sind die oft mißbrauchten Worte *Ulpianus lib. 7 disputationum* aufzufassen:

fr. 19 D. de probationibus 22, 3. In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem *velut intentionem* implere.

In all diesen Fällen mußte sich daher der Beklagte, der eine *exceptio in factum* ertheilt haben wollte, nothwendig vom *Prätor* eine *Exceptio* nach Analogie der ständigen *ausbitten*, bei der er das Faktum genau spezifizirte. Der *Prätor* hatte dann bei der Conception freie Hand; er konnte die Form mit *si non* oder auch den Zusatz mit *duntaxat* wählen. Und wer möchte da zweifeln, daß er die letzte Form zu Grunde legte und dem Beklagten, der sich von vornherein auf Nachlaß der Hälfte der Schuld berief, auch nicht mehr versprach, als Abweisung des Klägers zur Hälfte. Wenn wir auch gar keine positiven Nachrichten darüber hätten, müßten wir annehmen, daß er den Weg einschlug, welchen ihm Billigkeit und die Natur der Sache bezeichnen.

Aber wir sind nicht auf Schlüsse beschränkt, wir haben bestimmte Zeugnisse darüber, daß die *exceptio in factum* in solchen Fällen zu einer bloß theilweisen Abweisung geschickt war.

Hierher gehört vor allem die in vieler Beziehung interessante Ausführung von Paulus libro 3 ad edictum.

fr. 27 § 5 und 6 D. de pactis 2, 14. Si quum decem mihi deberes, pepigero ne a te viginti petam, in decem tibi prodesse pacti conventi vel doli exceptionem placet.

Jemand schuldete 10 und schloß einen Nachlaßvertrag über 20. Da nun das Pactum nicht gerade über die Prozeßsumme, die schulbigen Zehn abgeschlossen war, so fragte sich, ob er der Klage die ständige exc. pacti conventi (si non ea pec. qua de agitur, petatur) entgegenstellen könne, oder ob er auf die exceptio doli zu verweisen sei. Paulus entscheidet sich für die minder strenge Ansicht; im Mehr liegt auch das Minder; er ist der Ansicht (placet), daß beide Einreden zulässig seien¹⁾. Darauf fährt er fort:

Item si quum viginti deberes, pepigero, ne decem petam, efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum decem exigere debeam; sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam „Stichum aut decem“ exceptionem pacti conventi in totum obstaturam, nam ut solutione acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoverti.

Zwei Fälle werden hier in Gegensatz gestellt. Zuerst behandelt der Jurist den Nachlaßvertrag auf 10, bei einer Schuld auf 20; dann einen Nachlaßvertrag über eine von zwei alternativen Leistungen aus einer alternativen Obligation.

1) Vergl. §. 8 fr. cit. . . Item si pactus, ne hereditatem peterem, singulas res ut heres, petam: ex eo quod pactum erit, pacti conventi exceptio „aptanda erit.“

Betrachten wir vorerst den letzten Fall. Es ist hier nicht etwa bloß von den materiellen Wirkungen jenes Pakturns die Rede; vielmehr wird gerade die Frage aufgeworfen, welchen Einfluß die aus demselben vorgeschützte *exceptio* auf den im Prozeß befangenen Anspruch des Klägers habe. Bereits ist geklagt (*si petam*); ja der Jurist versetzt uns in den Augenblick, wo der Richter das Urtheil über die *exceptio* in dem Prozeß fällt und die Klage abweist (*summovere* ist eigentlich technischer Ausdruck für Abweisung der Klage durch den Richter in Folge einer *Exceptio*). Dennoch betrachtet er die völlige *Summation* nicht als etwas Selbstverständliches; er sucht vielmehr die gänzliche Abweisung aus materiellen Gründen zu rechtfertigen. Es muß also doch nicht immer die *exceptio pacti* bei dem Urtheile in *totum* entgegengestanden haben (das *Futurum obstaturum* deutet auf dieses Stadium des Prozesses), es muß nicht immer die ganze Obligation durch Vorschützung einer Einrede *summovirt* worden sein, da Paulus dies als etwas Besonderes hervorhebt.

Ja es muß gerade in dem ersten Falle bei dem Abschlusse eines Nachlaßvertrags auf die Hälfte der Forderung sich anders verhalten haben; denn es wird eben die gänzliche Abweisung (das *in totum obstaturam*) im zweiten Falle (durch *sed*) in Gegensatz gebracht, mit der Entscheidung des ersten Falles, wo die *exceptio* nur bewirken soll, daß der Kläger die Zehn nicht erlangen kann (*exigere debeam*), die er nachließ. Und wir können daraus schließen, daß dort die *exceptio pacti* nicht in *totum* obstrirte, wenn der Gläubiger aufs Ganze geklagt hat; daß vielmehr auf Grund derselben eine theilweise Abweisung folgte.

Noch unzweideutiger ist ein Beispiel der theilweisen Ab-

weisung des Klägers in Gefolge einer *exceptio S. C. Vellejani*, auf das bereits Keller ¹⁾ aufmerksam gemacht hat.

Africanus libro IV. quaestionum. fr. 17 §. 2 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

Mulier et Titius, quum in rem communem mutuarentur ejusdem pecuniae rei facti sunt; non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat, nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur, *potius esse, ut S. C. locus non sit*. At si in aliquam emtionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri et ideo creditorem *partem dumtaxat* a muliere *petere posse*, quodsi totum petierit *exceptione pro parte summovetur*.

Africanus erörtert im vierten Buche seiner Quaestionen einzelne Fragen in Bezug auf die Anwendung des S. C. Vellejanum. Auch in unserer Stelle hat er sich einen zweifelhaften Fall aufgeworfen, den er zu entscheiden sucht. Seine Absicht war Feststellung des materiellen Rechts; wie sich dasselbe prozessualisch verwirklichte, war zu seiner Zeit bekannt, er hatte nicht nöthig, sich darüber auszusprechen, und es ist nur ein glücklicher Zufall, wenn auch darauf ein Streiflicht fällt.

Eine Frau hatte mit dem Titius zu einem gemeinschaftlichen Geschäfte ein Mutuum aufgenommen und sich dabei als Correalschuldnerin für das Ganze verbindlich gemacht. Ohne diese Stipulation wäre sie aus dem Mutuum nur zur Hälfte

1) Keller, röm. Civilprozeß S. 152.

tenent gewesen, man könnte daher schlechtweg in ihrem Abschlusse eine Intercession zur Hälfte sehen. Africanus aber unterscheidet: Es kann sein, daß der Frau das Mutuum ganz zu Gute gekommen ist, indem sie ohne dasselbe größeren Schaden gelitten hätte; so wenn der Einsturz eines gemeinschaftlichen Hauses ohne die Gelbaufnahme unabwendbar gewesen wäre; hier findet er in dem Gesäfte keine Intercession (S. C. locum non esse). Es kann aber auch sein, daß die Frau aus dem Mutuum nur zur Hälfte Vortheil zog; so wenn sie mit dem Gesellschafter eine Sache gekauft hat, von der sie dann natürlich nur zum Theil Eigenthümerin wurde; hier soll das Senatusconsult zum Theil platzgreifen, der Gläubiger soll nur einen Theil mit der Stipulation fordern können (partem duntaxat petere posse). Klagt er doch das Ganze ein, so soll er „pro parte“ durch die Exception aus dem Senatusconsult summovirt werden.

In neuester Zeit hat man freilich als zweifellos erklärt¹⁾, daß die Worte pro parte erst von den Compilatoren eingeschoben seien, da sie gar nicht in den Zusammenhang paßten. Africanus wolle mit dem letzten Satze erläutern, warum der Gläubiger seine Klage auf einen Theil der Stipulationsforderung beschränken müsse, er müsse dazu durch irgend eine Gefahr genöthigt sein, da die Klage ipso jure begründet sei und diese könne eben nicht in einer drohenden Summation pro parte, sondern nur in einer gänzlichen Abweisung gelegen haben.

Diese Behauptungen wären selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn Africanus eine prozessualische Abhandlung hätte schreiben wollen; in der That hat er das aber nicht im Sinne; die

1) Schenkl, Beiträge S. 188.

Worte *partem duntaxat petere posse* stehen im Gegensatz zu der Entscheidung des ersten Falles, in welchem *S. C. locus non est*, und bestimmen nur, daß dem Kläger im zweiten der behandelten Fälle allerdings das *Senatusconsult* zu einem Theile entgegenstehe. Erst dann spezialisiert der Jurist seinen Gedanken näher und entscheidet, daß die Klage auf das Ganze durch eine *exceptio „pro parte“* abgewiesen werde.

Die gewöhnliche Formel *„si non ea pecunia contra S. C. Vellejanum petatur“* würde nämlich auch hier nicht durchlangen, da die Beklagte dem Richter nicht nachweisen könnte, daß die „eingeklagte Summe“ gegen das *Senatusconsult* gefordert werde. Klage also der Kläger auf das Ganze, so mußte sich die Beklagte vom Prätor eine besondere *exceptio* ertheilen lassen, welche den Anspruch des Klägers auf ihr gehöriges Maß zurückführte. Sie möchte mit der Klage kombiniert, etwa lauten:

si paret N^m A^o ex stipulatu decem milia dare oportere iudex N^m A^o decem milia condemna, duntaxat eam pecuniam quae non contra S. C. Vellejanum petatur.

Der Kläger erhält auch nach dieser Formel den Anspruch der Hälfte, die ihm die Frau zu leisten hat. Doch würde er unklug handeln, wenn er den Prozeß in dieser Art führte; denn er hätte durch eine solche Klage seinen Anspruch ganz konsumirt und könnte doch nur die Hälfte desselben von der Frau eintreiben. Würde er dann später gegen den anderen Gläubiger klagen, so könnte ihn dieser mit der Einrede der Consumtion zurückweisen. Besser wird er also auf alle Fälle seine Klage von vornherein gegen die *correi* theilen.

Die bisherigen Ausführungen haben wohl schon bewiesen, daß wir uns den Apparat der Formeln und Exceptionen nicht so zu denken haben, als hätten sie durch Beschränktheit und

Ungelenkigkeit das wahre Recht erbrückt; sie haben vielmehr gezeigt, daß dieselben mit dem materiellen Rechte aufs genaueste korrespondirten und gerade darum den Grad von Diebsamkeit hatten, der sie fähig machte, sich dessen verschiedensten Gestaltungen anzuschließen. Vielleicht wird dies noch mehr veranschaulicht durch ein Beispiel von einer replicatio in factum, welche die vorgeschützte exceptio theilweise elidirt, so daß der Gläubiger durch sie wieder theilweise die Condemnation erzwingt, welche durch die exceptio völlig ausgeschlossen schien.

fr. 15 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2. Papinianus libro 13 responsorum. Quod bonis jure Falcidiae contribuendum est a debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est in factum concepta replicatione retinebitur.

Der Erblasser hat seinem Schuldner mortis causa eine Schuld nachgelassen; von diesem Gewinne, den er mortis causa macht, hat der Schuldner, wie andere Vermächtnisnehmer, einen entsprechenden Theil zur Quart des Erben beizutragen. Es fragt sich nur, wie der Erbe den Beitrag erzwingt; es geschieht in indirekter Weise. Der Erbe stellt die Schuldklage, die ihm durch die Erbschaft überkam, gegen den Schuldner an, dieser opponirt natürlich die exc. pacti conventi; darauf replicirt der Erbe, daß das Pactum mortis causa geschlossen sei, daß also sein Gegner wenigstens einen entsprechenden Theil zur Ergänzung zu zahlen habe. Kann der Gläubiger die Existenz der Forderung und die Beitragspflicht des Schuldners zur Falcidia beweisen, so wird dann sein Gegner vom Richter zum Betrage des schuldigen Beitrags verurtheilt werden (quod bonis contribuendum est, retinebitur) ¹⁾.

1) Vergl. fr. 82 D. ad legem Falcidiam. Ulpianus lib. 8 disput.,

Die Formel, welche hier zu ertheilen war, läßt sich ungefähr folgendermaßen construiren:

Si paret Negidium Agerio X milia dare oportere, q. d. r. a. si non convenit inter Lucium Titium (defunctus) et Negidium ne ea pecunia petatur iudex Negidium Agerio X milia condemnato; quodsi mortis causa convenit ne ea pecunia petatur iudex Negidium condemnato in id quod bonis Agerii jure Falcidiae contribuendum erit, s. n. p. a.

So ist für alle Fälle geforgt:

1) die Forderung steht richtig, der Nachlaßvertrag aber nicht, so hat der Richter die volle Forderung auf 10000 zuzusprechen;

2) die Schuld ist begründet, die Exception steht aber auch richtig, so hat der Richter vermöge der Replikation den Schuldner zum Beitrage zur quarta Falcidia zu verurtheilen;

3) die Schuld ist an und für sich nicht begründet, hier folgt Absolution.

§. 22.

Minderung der Condemnation durch *exceptio doli*.

Die Römer wußten, wie wir sahen, die *exceptio in factum* so zu construiren, daß eine völlige Abweisung nur erfolgte, wo dieselbe angemessen erschien und eine Minderung der Condemnation eintrat, wo diese dem Rechtsbewußtsein entsprach.

wo die prozessualische Seite sich nicht hervorgehoben findet, sondern nur die materielle Entscheidung gegeben wird: „trecenta accepto illi ferre debent, residuo centum durabunt in obligatione et si quidem facere posse coeperit, exigentur ab eo duntaxat usque ad centum.“ Vergl. auch die Entscheidung *Papinianus* (lib. 8 responsorum) fr. 77 D. de legatis II. für den Fall, wo der Schuldner an einen Dritten *mortis causa* zahlt. c. 18 C. ad legem Falc. 6, 50.

Und es steigt die Wahrscheinlichkeit, daß der Beklagte, auch wenn er sich unter den Schutz der *exceptio doli* begab, gleichfalls nicht unter allen Umständen völlige Abweisung des Klägers erzwingen konnte.

Forschen wir nun aber in den Quellen, so zeigt sich bald, daß uns diese Annahme nicht getäuscht hat. Den römischen Juristen war zwar der Satz nicht fraglich, ob die *exceptio* auch eine theilweise Abweisung herbeiführen könne; sie beschäftigten sich ausschließlich mit der Feststellung des materiellen Rechts¹⁾. Dennoch zeichnet sich in nicht wenigen Entscheidungen auch die Art der prozessualischen Verwirklichung bald mehr, bald minder klar ab. Hören wir vor allem diese Zeugnisse; prüfen wir ihre Aussage unparteiisch; dann erst mögen einige Bemerkungen über das Resultat, das wir hier gefunden haben, folgen.

I Fr. 9 §. 4 D. de conditione causa data, 42, 4. Paulus libro 7 ad Plautium.

Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest; maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit; nec decipiendus est, quod fit, si cogatur indotatam mulierem habere. . . . Sed si soluto matrimonio maritus *peteret*, in eo *duntaxat* exceptionem ob stare debere, quod mulier receptura est.

Wird eine Novation abgeschlossen, bei der ein Wechsel in der Person des Gläubigers eintritt, so ist die neue Obligation gültig und unanfechtbar, wenn auch die frühere, worauf sie

1) Daher können viele Stellen weder für, noch gegen unseren Streitfall benutzt werden, z. B. fr. 15 fr. 41 D. de solut. 46, 3. fr. 4 de except. 44, 1.

basirt, ungültig war oder gar nicht existirte ¹⁾). Nur wenn dem neuen Gläubiger jene Forderung ex causa lucrativa überlassen wurde, steht seiner Klage eine exceptio doli entgegen ²⁾). Das Stipuliren einer Summe als Dos gilt aber nicht als lucrativer Erwerb, hat doch der Mann die Last der ehelichen Kosten zu tragen. Wenn daher Jemand dem Bräutigam auf Befehl der Braut dotis nomine eine Summe promittirt hat, welche er jener irrthümlich zu schulden glaubte, so kann der Stipulationsklage nach Abschluß der Ehe eine exceptio doli nicht mit Wirksamkeit entgegengestellt werden. Dem Schuldner bleibt nur eine condictio indebiti gegen die Frau auf Entschädigung oder Erberation. Dies wird auch sonst häufig in den Quellen ausgesprochen ³⁾).

Dieser Satz soll aber dann eine Modifikation leiden, wenn der Mann erst nach aufgelöster Ehe Zahlung aus der Stipulation fordert. Es wäre ein unnöthiger Kreislauf, wenn der Schuldner dem Manne noch auszahlen müßte, was dieser bereits der Frau zu restituiren hat und sich dann von der Frau das indirekt an sie Bezahlte ersetzen ließe. Insoweit der Mann der Frau doch zur Restitution des Eingetriebenen verpflichtet wäre, ist ihm der Schuldner nicht zur Zahlung tenent.

Wäre nun die Theorie richtig, wonach die exceptio doli, falls sie irgend begründet ist, stets völlige Abweisung des Klä-

1) Fr. 12, fr. 13, fr. 19 D. de novationibus 46, 2.

2) Fr. 7 pr. D. de exc. doli 44, 4. Unterholzner, Schuldverh. Bd. 1 S. 625.

3) Fr. 46 §. 2. fr. 78 §. 5 D. de jure dotium. Vergl. fr. 4 §. 21, fr. 5 §. 5 D. de doli mali exc. 44, 4. — Dieselbe Entscheidung findet sich in Bezug auf die Tilgung der Obligation durch conc. duarum causarum lucr. fr. 19 D. de obl. et. act. 44, 7.

gers herbeiführt, so hätte der Mann in solchem Falle, wenn es zum Prozeß kam, von vornherein seine Klage auf den Theil der Summe beschränken müssen, den er für sich behalten könnte, er hätte sofort bei der Klageanstellung dafür sorgen müssen, daß die *exceptio doli* ganz unanwendbar würde. Allein bei Paulus findet sich diese Auffassung nicht, obgleich er sich bei seiner Entscheidung in den Moment des Prozesses versetzt. Im Gegentheil, wenn der Mann die versprochene pecunia einklagt (*si peteret*), soll die *exceptio doli* von der anderen Seite seine Klage zu einem Theil hemmen, sie soll ihm insoweit entgegenstehen, als der Mann seiner Frau das Empfangene zu restituiren hat. Trotzdem, daß mit einer *condictio certi* geklagt ist, weist die *exceptio doli* den Kläger theilweise ab.

II. Fr. 85 D. de legatis I. Paulus libro II ad Plautium. Duobus conjunctim fundus erat legatus, alter ex his partis aestimationem per actionem personalem abstulit, alter si fundum totum vindicare velit, exceptione doli *pro parte dimidia repellitur*, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit.

Der Erblasser hatte zwei Legatate conjunctim per vindicationem auf eine Sache zu Erben eingesetzt; der eine von beiden zog es vor, in Gemäßheit des S. C. Neronianum ¹⁾ den Werth seines Legats statt der Vindication mit einer persönlichen Klage einzufordern, und erhielt auch wirklich die Litisästimation seines Theils. Hierauf vindicirte aber der andere Legatar die ganze legitime Sache, indem er sich darauf berief, daß ihm das Eigenthum durch Wegfall des Collegatars unbe-

1) Gaj. II. §. 197.

schränkt anheimgefallen sei¹⁾. Dies war allerdings nach Civilrecht richtig, aber jedenfalls hatte doch der Erblasser den Erben nur einmal, nicht doppelt belasten wollen; deshalb liegt in der vindikation des ganzen Legats ein Dolus. Allein der Vindikant wird deswegen nicht mit seiner Klage überhaupt abgewiesen, sondern, wie dies eben recht und billig ist, zur Hälfte. Exceptione repellitur hat überall eine prozessualische Bedeutung; es heißt nicht, ein Anspruch ist materiell unzulässig, sondern eine Klage wird vom Richter zurückgewiesen. Und so müssen wir auch hier wohl eine theilweise Abweisung der Klage zugestehen²⁾.

III. Im Jahre 293, ein Jahr vor Aufhebung des Formalprozesses wurde folgende Constitution erlassen:

c. 14 C. de rei vindic. 3, 32. Diocletianus et Maximilianus Septimianae.

Cum a matre domum filii te sciente comparasse proponas, adversus eum dominium *vindicantem*, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quodsi venditricis obtinet hereditatem doli mali exceptione *pro qua portione* ad eum hereditas pertinet, *uti non prohiberis*. Dat. 3 Jul. A. A. cons. 293.

Eine Mutter hat das Haus ihres Sohnes verkauft. Ist der Sohn nicht ihr Erbe geworden, so kann sich der Käufer gegen dessen Vindikation natürlich nicht schützen. Hat er dagegen seine Mutter beerbt, so muß er die Veräußerung anerkennen, ist er ihr nur theilweise succedirt, so muß er sich dieselbe wenigstens zu einem Theile gefallen lassen. Die Kaiser begnügen sich aber nicht, diesen materiellen Rechtsatz auszu-

1) Gaj. II. §. 206 u. folgende.

2) Vergl. §. B. Gaj. IV. 116 und überhaupt Brisson de verb. sign. repellere.

sprechen; sie gehen auf die prozessualischen Mittel ein, wodurch der Beklagte dessen Anerkennung erzwingt, sie geben ihm an die Hand, daß er sich gegen die Eigenthumsklage des Gegners (*adversus vindicantem*) der *exceptio* bedienen dürfe, aber sie bestimmen deren Tragweite zugleich ausdrücklich dahin, daß sie ihm nur zu dem Theile zu Gute komme, zu welchem der Kläger seine Mutter beerbt hat.

IV. Fr. 20 pr. D. de statuliberis 40, 7. Paulus libro 16 ad Plautium.

Si peculium servo legatum sit, qui jussus est alii dare decem et sic liber esse et heres eum prohibuerit dare; deinde manumissus *peculium petat ex causa legati: an per doli exceptionem eam summam*, quam daturus esset, *deducere heres possit*, ut ipsi prosit non manumisso, quod ea pecunia data non esset: an vero indignus sit heres, qui contra voluntatem defuncti fecit, eam pecuniam lucrari. Et quum servo nihil absit et libertas ei competat, invidiosum est, heredem fraudari.

Die Entscheidung des Falles, den hier Paulus erörtert, ist nicht ohne Schwierigkeit. — Ein Sklave erhielt durch testamentarische Bestimmung vom Erblasser die Freiheit vermacht, jedoch unter der Bedingung, daß er einem Dritten zehn aus seinem Peculium gebe; zugleich wurde ihm das Peculium vermacht. Der Erbe dachte die zehn für sich zu behalten, verhinberte den Sklaven an ihrer Auszahlung und manumittirte ihn.

Der Freigelassene klagt nun das legitime Peculium ein und zwar das „ganze“ schlechtweg ohne Abzug (*peculium petat*). Er stützt sich auf die Worte des Legats, wonach ihm „das Peculium“ ohne Beschränkung vermacht war. Der Erbe dagegen wendet ein, daß der Erblasser dem Freigelassenen je-

denfalls die zehn, die dem Dritten ausgezahlt werden sollten, nicht zugebracht hatte und nicht vermachen wollte. Er fordert demnach, gestützt auf die *exceptio doli*, Abzug dessen, was *contra voluntatem defuncti* eingeklagt werde. Dabei fragt es sich nur, ob er sich dieses Abzugs nicht dadurch unwürdig machte, daß er dem Willen des Erblassers entgegengehandelt hat. Paulus verwirft diesen Zweifel, und gewiß mit Recht, denn der Freigelassene kann unter keinen Umständen mehr verlangen, als ihm vom Erblasser zugebracht ist ¹⁾.

Wir finden in unserem Falle also eine Klage auf das ganze *Residuum*, eine an sich begründete *exceptio doli*. Dennoch wird nicht der Klagenbe Legatar genöthigt, aus Furcht vor völliger Abweisung, seine Klage zu beschränken, vielmehr trägt der beklagte Erbe auf Minderung an, er verlangt den Abzug (ein *deducere*) von der eingeklagten Summe *per exceptionem doli*. Paulus selbst hat demnach hier der in neuerer Zeit ²⁾ so bestimmt ausgesprochenen Behauptung, daß eine Abrechnung „*per exceptionem doli*“ unmöglich sei, und daß sie höchstens „*propter exceptionem*“ eintrete, mit unzweideutigen Worten widersprochen.

V. Und damit dieses Zeugniß nicht isolirt stehe, so sei auch noch einer Stelle von *Scævola* gedacht *libro III. quaestionum*, in welcher der Jurist dem Beklagten das Recht zugesteht „*per exceptionem*“ einen Theil seiner Schuld zurückzuhalten.

1) Vergl. übrigens *fr. 3 §. 9 D. de conditione causa data* (12, 4), wo ein ähnlicher Fall besprochen wird, und *Ulpian* zufügt *sed is quem testator accipere voluit, adversus heredem in factum actione agere potest, ut testatori pareatur*.

2) Vergl. Seite 192.

Fr. 16 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

Si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, ex reliquis *Falcidiam plenam per exceptionem doli* retinere potest etiam pro his, quae jam data sunt.

Regelmäßig vertritt die quarta Falcidia die Legate (schon ipso jure nach dem Tenor des Gesetzes¹⁾). Hier aber ist der besondere Fall vorausgesetzt, in welchem derselben Person mehrere Legate vermacht sind und der Erbe einige für voll ausbezahlt hat. Er soll dann, wenn er auf Zahlung der anderen Legate beklagt wird, eine *exceptio doli* vorschützen, und in Folge derselben „per *exceptionem doli*“ gleichsam kompensationsweise, so viel zurückhalten können, als er früher demselben Legatar zu viel gezahlt hat.

VI. Eine Stelle, die in ihrer nüchternen Kürze ganz entscheidend spricht, findet sich im Titel *de exceptione doli* selbst.

Fr. 16 D. de doli mali exc. 44, 4, Hermogenianus libro 6 juris epitomatarum.

Si debitor a furioso delegatus creditori ejus solvat, quem compotem mentis esse existimabat et ita cum eo agatur, *exceptio doli in id, quod in rem furiosi processit defenditur*.

Der Schuldner, welcher von einem Wahnsinnigen einem Gläubiger desselben delegirt wurde, wird durch die Novation von der alten Obligation nicht befreit, selbst wenn er die Geisteskrankheit des Wahnsinnigen nicht kannte. Hat er aber auf die neue Obligation hin dem Gläubiger des Wahnsinnigen gezahlt, so steht der Klage desselben eine *exceptio doli* insoweit entgegen, als Jenem die Zahlung zu gute kam. Es ist hier

1) Vergl. Seite 109, Anm. 1.

Dernburg, Compensation.

von einem abhängigen Prozesse, von einer Vertheidigung gegen die Klage durch *exceptio doli* die Rede und doch schützt dieselbe den Beklagten nur zu einem Theile.

VII. Zeigten uns schon die bisher aufgeführten Stellen, daß unsere Sprache den Beklagten nicht selten nur theilweise schützt, so tritt in den folgenden Beispielen die richterliche Thätigkeit, welche die Minderung vermittelt, selbst hervor.

In fr. 88 D. ad legem Falcidiam 35, 2 behandelt Africanus (lib. 5 quaestionum) die Anwendbarkeit der *lex Falcidia* bei einigen perplexen Bestimmungen.

Zuerst bespricht er den Fall, in welchem Jemand, der bei seinem Tode ein Vermögen von 400 hinterließ, 300 unbedingt legirte und dann noch einen *fundus* im Werthe von 100 unter der Bedingung vermacht hat, daß die *lex Falcidia* in seinem Testamente keine Anwendung finde. An einer solchen Bestimmung kann sich dialektische Spitzfindigkeit reichlich ergehen. Denn setzt man in solchem Falle voraus, daß das Legat auf den *fundus* vom Erben zu entrichten und mit in die Vermächtnisse einzurechnen sei, so sind die Dreiviertel der Erbschaft überschritten, und die *lex Falcidia* findet Anwendung. Demnach fällt die Bedingung des Legats aus und der Erbe schuldet dasselbe also nicht. Nimmt man dann wieder an, das Legat werde nicht geschuldet, so hat die *lex Falcidia* keine Anwendung, die Bedingung ist also existent und das Legat gültig. In der That ist aber doch die Bedingung des Legats ausgefallen, denn dem Erben muß sein Wertheil verbleiben und der Wille des Erblassers war offenbar, daß die legirten Dreihundert wegen des weiteren Legats über den *fundus* nicht vermindert werden sollen. Die Voraussetzung des Vermächtnisses auf den *fundus* ist also nicht eingetreten. Nachdem er das fest-

gestellt hat, geht der Jurist zu folgendem schwierigeren Falle über.

§. 1. Quid ergo dicemus, si ducenta legavit et tibi similiter sub eadem conditione ducenta legata esse proponantur? Nam aut existisse aut defecisse legati tui conditionem, ut aut totum aut nihil tibi debeatur et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur; rursus partem deberi rationi non congruit, quando necesse est totius legati conditionem vel extitisse vel defecisse; ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit.

Wie nun verhält es sich, fragt er weiter, wenn jener Erblasser 200 legirt hatte, und Dir unter der Bedingung, daß die lex Falcidia nicht eintrete gleichfalls 200. Die Entscheidung ist bedenklich; denn sowohl die Annahme, daß die Bedingung existent werde, als daß sie ausgefallen sei, führt zur Unbilligkeit und ist dem präsumtiven Willen des Testators entgegen, unjuristisch aber wäre es zu behaupten, daß die Bedingung zur Hälfte ausgefallen und zur Hälfte eingetreten sei. Daher soll die Bedingung als eingetreten betrachtet werden, der klagerte Anspruch ist aber im Gefolge des Vorschüßens der exc. doli vom Richter so zu ermäßigen, (per exceptionem doli temperanda est), daß den übrigen Legataren das ihnen Zugedachte, dem Erben das Viertel der Erbschaft verbleibt.

Temperare ist technischer Ausdruck für eine Ermäßigung durch den Richter. So wird in fr. 85 §. 2 D. de divers. reg. juris 50, 47 gesagt: quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est; ebenso wird in fr. 17 D. de usuris 22, 1 von Paulus der Gedanke, daß der praeses provinciae zu

hohe Zinsforderungen zu mindern habe, so ausgedrückt: . . . sic temperanda res est . . . ut in futurum duntaxat . . . crescat usura. In fr. 16 D. ex quibus causis majores 4, 6 findet sich ein arbitrio praetoris temperabitur. Paul. rec. sent. 5, 3 wird das Strafmaß judicantis sententia temperatur; so soll auch in unserer Stelle die Größe der Verurteilung in Gefolge der exceptio doli durch den Richter ermäßigt werden.

VIII. Hierher gehört auch fr. 38. D. de rei vind. 6, 4. Celsus libro 3 Digestorum.

Es wird da auseinandergesetzt, wie sich ein guter Richter zu benehmen habe, wenn der mit der rei vindicatio Beklagte Gegenansprüche wegen Verwendungen geltend macht. Unbedingt ist dabei vorausgesetzt, daß der Formel eine exceptio doli zugefügt sei, denn ohne solche konnte der Richter überhaupt auf Gegenansprüche bei einer Vindikation keine Rücksicht nehmen¹⁾. Es stehen ihm hier, so sagt der Jurist, die verschiedensten Mittel zu Gebote (bonus iudex varie constituet). Darunter führt er ohne Bedenken Abzug des Gegenanspruchs von der Condemnationssumme auf²⁾. Dieser soll dann eintreten,

1) Vergl. §. 30 J. de rerum div. 2, 1. fr. 27 §. 5 D. eod. fr. 40 D. eod. u. a. a. D.

2) Cfr. fr. 27 §. 5 D. eod. per exceptionem doli mali ratio (sumtum) haberi oportet. Einem Abzug gedenkt auch fr. 50 §. 1 D. de her pet. 5, 3. *impensas* ratione doli exceptione (wohl exceptionis) aut retenturum aut . . . repetiturum cfr. fr. 67 §. 3 D. de leg. II. ratione doli exceptionis ceteris fideicommissum petentibus partem facere intelligitur. Dagegen ist Brinz zugegeben, daß fr. 48 D. de rei vind., eine Stelle, die er als gegen seine Ansicht und für die Möglichkeit einer Compensation in Gefolge einer exceptio doli sprechend, aufgeführt hat, diesen Satz wenigstens nicht bestimmt beweist, vergl. Brinz S. 72—75.

wenn dem Eigenthümer die Sache, auf welche die Verwendungen gemacht sind, veräußert war und er dem Besizer dieselben nicht ersetzt. . . . Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddidit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

Die Möglichkeit einer Minderung der Condemnation nach Vorführung einer exceptio doli ist also auch hier vorausgesetzt.

. IX. Ebenso deutlich spricht sich aus c. 2 C. de non. num. pec. 4, 30. Imp. Antonius A. Maturio.

Minorem pecuniam te accepisse et majoris cautionem te interposuisse, si apud eum, qui de ea re cogniturus est, constiterit, nihil ultra, quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te jubebit. Dat. Id. Aprilibus Antonino A. IV. et Balbino. cons. 243

Der Gläubiger hat sich eine größere Summe stipuliren lassen und wie der Schuldner behauptet, nur zu einem geringeren Betrage Werth gegeben. Es kommt zum Streite, der Gläubiger muß sich eine actio ex stipulatu auf das dare der Stipulationssumme ertheilen lassen. Der Beklagte wird dagegen eine exceptio doli oder auch non numeratae pecuniae opponirt haben ¹⁾. Wenn nun dem Richter erwiesen wird,

1) Es ist hier kein Unterschied gemacht, ob der Beklagte die exceptio doli oder in factum vorgeschützt hat (c. 3 C. h. t.), und es muß also die Entscheidung des Rescripts in beiden Fällen Platz greifen. In c. 9 C. eod. hat dagegen der Beklagte ausdrücklich eine exceptio in factum gefordert. Auch diese soll ihm accomodirt und so gefaßt werden, daß der Richter nur auf Rückgabe des empfangenen Werthes zu sprechen hat. Imperatores Diocletianus et Maximianus A. A. Zoilo. — Quum ultra hoc quod accepit re obligari neminem constet et stipula-

daß die Einrede des Beklagten richtig stehe, so wird der Kläger, wie Antoninus bezeugt, deswegen doch nicht vollständig abgewiesen; sie hat aber zur Folge, daß der Beklagte jetzt bloß zur Rückerstattung des empfangenen Kapitals mit den fälligen Zinsen verdammt wird. Wir haben in unserem Rescript den Urtheilsentwurf selbst vor uns, und wir sehen, daß in demselben eine Minderung der angesetzten Klagesumme ausgesprochen ist

X. Diese Zeugnisse, die wir gesammelt haben, werden sich noch vermehren lassen, wenn die Aufmerksamkeit beim Studium der Quellen mehr auf diesen Punkt gerichtet wird. Uns scheint aber schon durch sie der Beweis, daß in Folge der *exceptio doli* Minderung der Condemnation durch den Richter erfolgen konnte, aufs vollständigste erbracht¹⁾. Dieser eine Satz ist uns bei den verschiedensten Verhältnissen, in den mannichfachen Wendungen immer wieder von neuem entgegengetreten; bald finden wir den Ausdruck *pro parte repellitur*, bald ex-

tione interposita placita creditor non dederit, „in factum standam exceptionem“ *convenit et — si necdum tempus infra quod hujus rei querela deferri debet transiit vel si intra hoc in testando juri paritum sit — nihil ultra hoc quod accepisti sortis a te nomine rector provinciae exigi patietur.* Dat. III. Id. Decemb. ipsis A. A. cons. 287—304. (et ist nach *convenit* zu ergänzen und offenbar ist sein Ausfallen auch leicht zu erklären.)

1) Ebendeshalb haben wir mehr indirekte und schwächere Beweise bei unserer Aufzählung im Texte übergangen. Dahin rechnen wir fr. 17 §. 2 D. *soluta matr.* 24, 3. *si in judicio „dotis“ ignorantia lapsus condemnaverit in solidum Neratius Sabinus „doli exceptione eum uti oportere ajunt eaque tutum fore.“* Der Mann soll noch gegen die Substitutionsklage das *beneficium competentiae* haben, wenn er in der Dotalklage aus Irrthum auf's Ganze verurtheilt wurde. Er soll sich dies auch durch eine *exceptio doli* wahrn können. Es ist aber doch unwahrscheinlich, daß diese dann zur gänzlichen Abweisung führt, während die entsprechende *exceptio in factum* notorisch, Minderung bewirkt.

ceptione in id . . . defenditur, bald exceptione doli pro
portione uti potest, bald per exceptionem doli res tem-
peranda est, bald minorem pecuniam restituere te jube-
bit, bald deducto eo condemnandus es u. s. f.

Gegen diese vereinigten Zeugnisse kann ein Zweifel nicht
aufkommen, und nun ist auch die Mittheilung des Theophi-
lus, wonach der Richter behufs Compensation nach Vorschät-
zung der exceptio doli eine geminderte Condemnation ausspre-
chen konnte, nicht mehr isolirt und legt sich gleichfalls mit ent-
scheidendem Gewichte in die Waagschale.

ἡώρα δίδοται τῷ δικαστῇ εἰς εἰ μόνον καταδικάζειν νομισ-
ματα.

Dazu kommt dann, daß der Bericht der Institutionen über die
Compensation (§. 30 J. de act.) die Zulässigkeit einer Minder-
ung voraussetzt ¹⁾. Und daran schließt sich, daß, wie wir
sahen, die allgemeinen Definitionen der Exceptionen, Minder-
ung der Condemnation als etwas regelmäßig vorkommendes
betrachten ²⁾.

Mit diesen Zeugnissen soll freilich eine Stelle in Wiber-
spruch stehen, in welcher Brinz ³⁾ die spezielle Bestätigung des
Sages gefunden hat, daß die exceptio doli eine Minderung
der Condemnation nicht herbeiführen konnte.

Ulpianus libro 76 ad edictum. fr. 2 §. 7 D. de doli
mali exc. 44, 4.

Item quaeritur, si statuliberum mercatus quis fuerit
jussum decem dare, quum hoc ignoraret, et duplam

1) Vergl. Sintonis S. 24. Bangerow Bb. 3 S. 349.

2) Seite 205 figne.

3) Brinz S. 70.

stipulatus fuerit, deinde decem acceperit. Evicto eo in libertatem agere ex duplae stipulatione potest; sed nisi decem, quae implendae conditionis causa acceperit, deduxerit, exceptione summovendus erit; et haec ita Julianus quoque scripsit. Si tamen ex re emptoris vel ex peculio, quod ad emptorem pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici exceptionem non nocere, quia dolo non faceret.

Ulpian hat im §. 6. entschieden, daß in der Annahme von noch nichtfälligen Zinsen durch den Gläubiger eine stillschweigende Stundung der Schuld, ein Vertrag über die Vertagung der Klage liege, und daß dieser also eine exceptio doli mit Wirkung entgegengestellt werden könne ¹⁾. Im §. 7. bespricht er einen nicht unähnlichen Fall. Jemand hat, ohne dessen Zustand zu kennen, einen Statuliber gekauft, dem die Freiheit unter der Bedingung vermacht war, daß er dem Erben zehn gebe, und hat dann später, da das Recht der Annahme auf den jeweiligen Eigenthümer übergeht, das Lösegeld des Statuliber angenommen. Dann soll die actio ex stipulatu auf die wegen der Eviktion versprochene dupla in Gefolge der exceptio doli völlig abgewiesen werden, falls der Kläger nicht jene Zehn, die er vom Statuliber empfing, von vornherein in der Klage abgezogen hat.

Gerade hier wäre nun, behauptet man, der Ort gewesen, die Klagsumme um die Zehn, welche der Käufer schon erhalten hat, zu mindern, wenn überhaupt Minderung der Condemnation nach Vorschüzung der exceptio doli möglich gewesen wäre.

1) Cfr. fr. 57 D. de pactis 2, 14.

2) fr. 6 §. 3 D. de statuliberis 40, 7.

Da nun aber hier völlige Abweisung beliebt werde, so sei bewiesen, daß dem Richter überhaupt kein anderer Ausweg offen gestanden habe.

Dieser Schluß ist aber nicht richtig; denn die Abweisung des Klägers erklärt sich in unserem Falle aus materiellen Gründen und ist nicht eine nothwendige Folge des Formalismus der Exception. Der Käufer eines Statuliber hat die Wahl zwischen der a. ex stipulatu wegen der Eviction oder der Annahme des Geldes, womit sich der Statuliber freikaufte. Nahm er die Summe vom Statuliber für sich, so hat er dessen höheres oder geringeres Lösegeld erhalten und die a. ex stipulatu ist ihm daher durch die exceptio doli völlig verschlossen. Es ist als eine besondere Begünstigung zu betrachten, daß er die exceptio doli noch unwirksam machen kann, wenn er dem Verkäufer vor Anstellung der Klage jene Zehn anbietet oder sie wenigstens sofort bei der Klage auf die Klagssumme anrechnet. Außerdemfalls nimmt man an, er habe sich mit dem Lösegeld zufriedengegeben; man sieht in jener Acceptation einen stillschweigenden Verzicht auf die Klage wegen Eviction, wie man in der Annahme noch nicht fälliger Zinsen das Zugeständniß der Stützung der Klage findet.

Daß dieser Gesichtspunkt der Wahl der durchschlagende war, das zeigt auch das unmittelbar sich anschließende fr. 3 D. de doli exc. Paulus libro 71 ad edictum.

Item si ob id antequam dominium ad me transferatur venditori dederit decem et agam ex emto, ut decem recipiam, ita puto competere mihi actionem, si paratus sim ex duplae stipulatione eum liberare.

Hat der Statuliber sein Lösegeld etwa noch dem Verkäufer vor der Tradition gezahlt, so kann der Käufer dasselbe als commodum

rei nur dann in Anspruch nehmen, wenn er bereit ist, den Verkäufer von der Stipulation wegen der dupla zu befreien. Wie in dem ersten Falle hat also der Verkäufer zwischen dem Rechte auf das Pfsegegeld und dem auf die dupla die Wahl, und er kann sich nicht den Ueberschuß vorbehalten. Diese Entscheidung kann uns also an dem Resultate, das wir gefunden haben, nicht irre machen.

Allerdings fordert es dagegen noch eine Erklärung, wie sich der Satz, daß in Folge der *exceptio doli* eine Minderung der Condemnation zulässig war, mit der Conception der Formel der *exceptio doli*, die wir aus Gajus und den Pandekten kennen lernen, vereinigt. Sie lautete nämlich sofort mit der *a. certae pecuniae* kombiniert:

si paret N. Negidium A. Agerio ex stipulatu C. dare oportere, q. d. r. a. si in ea re nihil dolo malo A. Agorii factum est neque fiat iudex N. Negidium C. condemna, s. n. p. a. ¹⁾.

Durch diese Formel scheint der Richter zu einer Minderung der Verurtheilung nicht ermächtigt, der Zusatz mit *si non* ist eine Bedingung, von deren Vorhandensein die Verurtheilung an und für sich abhängig gemacht ist, ihr Eintritt oder Nichteintritt sollte nur über die Existenz, nicht die Größe der Condemnation entscheiden ²⁾.

Und doch konnte der Beklagte in Folge der Vorschüzung dieser *exceptio* bei dem Richter nicht nur Einreden vorbringen, wodurch er die Klage überhaupt als unbillig anfocht, sondern auch solche, welche nur eine unbeschränkte Durchführung als

1) Gajus IV. §. 119.

2) Brinz §. 66. Bethmann-Hollweg §. 276.

unbillig erscheinen ließen. Sie urgirte jeden Dolus (*si nihil in ea re dolo fiat*). Der Beklagte war demnach nicht, wie bei den meisten *exceptiones in factum*, gezwungen, schon *in jure* zu positiren, inwieweit er den klägerischen Anspruch für ungegründet erachte, und der Prator hatte keine Gelegenheit, den Richter etwa durch eine veränderte Conception der Formel zur Minderung der Condemnation zu ermächtigen. Auch hätte dies gerade dem Principe der *exceptio doli* widersprochen, welche eben die Möglichkeit gewähren soll, noch *in judicio* bei dem Richter Einreden aller Art vorzubringen.

Können wir nun gleich nicht in Versuchung kommen, nach dem, was wir bereits von den Wirkungen der *exceptio doli* gesehen haben, noch anzunehmen, dieser Conception wegen müsse den Römern eine Minderung der Condemnation unstatthaft erschienen sein, so scheint doch hier ein unerklärlicher Widerspruch zwischen den Worten der Formel und der Art, wie sie angewendet wurde, stattzufinden und es bleibt immer noch ein bedenklicher Zweifel.

Allein auch dieses Bedenken verschwindet bei näherer Betrachtung. Denn in der That liegt in dem Aussprechen einer geminderten Condemnation im Falle der Begründung der *exceptio doli* nicht sowohl ein Widerspruch gegen das, was die Formel bestimmt, als vielmehr eine Ergänzung dessen, was sie unbestimmt läßt, durch das immer selbstständiger auftretende *officium judicis*. Die Formel sorgt zunächst nur für zwei Fälle. Einmal für den Fall, in welchem dem Richter die Klage erwiesen scheint und auch die *Exceptio* nicht begründet ist; hier folgt die Verurtheilung zu der bestimmten Condemnationssumme. Dann aber auch für den Fall, wo der Klaggrund selbst nicht erwiesen werden kann; hier folgt Ab-

solution. Zwischen diesen beiden Gliedern liegt aber nun noch ein Drittes; es kann die Klage begründet sein, aber auch die Exception richtig stehen und gerade für diesen Fall ist in der Formel keine besondere Fürsorge getroffen; es wird weder Condemnation noch Absolution vorgeschrieben, denn der Schluß, *si non paret absolve*. bezieht sich bloß auf den Fall, in welchem die Klage nicht erwiesen ist, nicht auf den, in welchem die Exception richtig steht.

So war hier also die Sache ganz dem Richter auf die Schulter gelegt und dieser ließ es wohl ursprünglich bei einem bloßen Abweisen (*summoyere*) des Klägers bewenden; er befaßte sich nicht weiter mit einer Klage, die dann kein Resultat mehr geben konnte und halb in Folge der Prozeßverjährung und der Consumtion abstarb. Allein die Praxis drängte dazu, daß er eine eigentliche Sentenz fällte, und so wird in der späteren Zeit öfter von einer „*absolutio*“¹⁾ in Gefolge der *exceptio* berichtet, obgleich ihm zunächst dazu durch die Formel keine Vollmacht gegeben war.

Wenn nun aber eine *exceptio doli* begründet war, konnte der Richter seine Stellung noch freier auffassen. Man schrieb ihm mehr und mehr dann die Machtvollkommenheit eines *arbitrator* zu; man nahm an, daß die *exceptio doli* die Klage zum *bonae fidei iudicium* mache, und so konnte sich leicht der Satz feststellen, daß der Richter in solchem Zwischenfalle, für den eine bestimmte Vorkehrung nicht getroffen war, ohne besondere Ermächtigung durch die Formel auf das zu sprechen habe, was der Beklagte nach Billigkeit zu leisten hatte²⁾.

1) Fr. 5 §. 7 D. de don. i. vir. et ux. 24, 1. c. 9 C. de obl. 4, 10. c. 3 C. de non numerata pecunia 4, 30.

2) Vergl. Seite 177; auch *Sententia* S. 24.

In diesem Heraustreten des *Officium iudicis* neben die Formel, liegt durchaus nichts Anomales. Dieselbe Entwicklung zeigt sich bei einer Reihe von Verhältnissen des späteren Römischen Rechts. So im Satze, daß bei Legaten wie bei Fideikommissen vom Augenblicke der Mora an die Forderung von Verzugszinsen begründet ist. Obgleich die Legatsklage eine strenge Klage ist und mit ihr gerade nur das Zugedachte gefordert wird, hat doch die Praxis sogar gegen ein Rescript von Hadrian den Richter ohne weiteres zum Drauffschlagen der Verzugszinsen auf die Condemnationssumme ermächtigt, zuerst beim *legatum sinendi modo*, dann auch beim *Damnationslegat* ¹⁾. Und dasselbe Prinzip findet sich beim Zusprechen von Prozeßzinsen und von Früchten, wodurch bei *stricti juris actiones* aller Art die Condemnationssumme erhöht wird ²⁾.

Indessen scheint man allerdings das Recht und die Pflicht des Richters, im Gefolge der *exceptio doli* unter Umständen eine Condemnation auf eine geminderte Summe auszusprechen, erst

1) Gajus II. §. 280. *legatorum vero usurae non debentur, idque rescripto divi Hadriani significatur. scio tamen Juliano placuisse, in eo legato, quod sinendi modo relinquitur idem juris esse quod in fideicommissis. quam sententiam et his temporibus magis obtinere video. u. a. a. D. fr. 91 §. 7 D. de leg. I. c. 4 C. de us. et fruct. 6, 47. Savigny, System Bd. 5 S. 155, Anm. 1.*

2) Fr. 3. §. 1 D. de usuris 22, 1. Keller, *Litiscontestation* S. 172. Savigny, *System* Bd. 5, S. 146 macht freilich eine Ausnahme für den Fall einer *actio certae pecuniae* wo er der *condemnatio certa* wegen, die Anrechnung der Prozeßzinsen für ausgeschlossen hält. Uns scheint dies nicht begründet; hier trat die Neuerung nur greller hervor. Wuchs das *officium iudicis* einmal bei der *condictio certi* auf einen *fundus* der Formel über den Kopf, so daß nicht nur dessen Werth zur Zeit der *Litiscontestation* sondern noch die *causa* gefordert wird fr. 31, pr. D. de rebus cred. 12, 1. so muß dies auch bei der *a. certae pecuniae* der Fall gewesen sein.

in der spätern Klassischen Zeit anerkannt zu haben. Vorher half man sich in Fällen wo eine nur theilweise Leistung des Beklagten billig schien, indirekt durch Interlocute. Der Richter vermittelte das materielle Recht durch Auflagen an den Kläger, an den Beklagten; gänzliche Summotion des Klägers oder volle Condemnation des Beklagten standen als Zwangsmittel im Hintergrund ¹⁾. So hat man wohl noch zur Zeit Juliana die Sache bei strengen Klagen auszugleichen gesucht, während bei der dinglichen Klage freilich sein Zeitgenosse Salsus schon Minderung der Condemnationssumme ²⁾ zuließ. Auf jenen Rechtszustand wies uns schon fr. 2. D. de compens ³⁾; aber auch fr. 47. D. ad legem Aquiliam 9, 2. fr. 14. §. 2 D. de condictione furtiva 43, 4. scheinen noch auf ihn zu deuten, ohne daß wir dies jedoch für stringent erwiesen halten. In dem ersten dieser Fragmente erörtert Julian, libro 86. Digestorum, die Frage, ob noch wegen des Todes eines Sklaven mit der a. legis Aquiliae geklagt werden könne, wenn vorher einmal wegen der Verwundung, an welcher dieser später starb, prozessirt war. Er bejaht sie, fügt aber hinzu, daß der Kläger aus der zweiten Klage nach Vorschätzung der exceptio doli nur soviel erhalten solle, als er erhalten hätte, wenn sofort de homine occiso geklagt worden wäre. Er brüdt dies aus:

sed si priore iudicio aestimatione facta postea mortuo servo de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita *compelletur*, ut *ex utroque iudicio nihil am-*

1) Vergl. §. 175 u. folg.

2) Fr. 38. D. de rei vind. §. 228.

3) Vergl. §. 184.

plus consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Die Minderung des Anspruchs im zweiten Prozeß (*ex utroque iudicio*) wird nicht direkt, als durch das Endurtheil vermittelt, dargestellt, vielmehr soll sie durch einen Zwang, der auf den Kläger ausgeübt wird, herbeigeführt werden. Derselbe kann wohl nur in völliger Verweigerung der Condemnation bestanden haben, falls sich der Kläger nicht auf das Anerbieten des Restes durch den Beklagten einließ. Diese Auffassung wird dann unterstützt durch fr. 14. §. 2. D. de conditione furt. Hier entscheidet Julian (lib. 22. Digest), daß der Eigenthümer eines Ochsen, der gestohlen und gefächlet wurde, nicht nur den Ochsen selbst, sondern auch Haut, Fleisch und Hörner kondiziren kann. Hat er aber bereits den Werth des Ochsen erhalten, so weist die *exceptio* die Klage auf die Theile ab; hat er erst einzelne Theile kondizirt, etwa das Leder, und fordert dann den Werth des Ganzen, so wird er durch die *exceptio doli* summovirt, wenn ihm der Dieb den Werth des Ochsen nach Abzug des Leders anbietet.

Si corium condicerit et pretium ejus consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis. detracto pretio corii, doli mali exceptione summovebitur.

Es liegt nahe, anzunehmen (*per arg a contr.*), daß wenn der Dieb dies nicht that, einer etwaigen Auflage des Richters nicht nachkam, keine Summotion, sondern völlige Verurtheilung folgte, obgleich wir nicht behaupten möchten, daß dieser Schluß nothwendig sei.

Offenbar hatte selbst in diesem früheren Stadium die *exceptio doli* (*si in ea re nihil dolo fiat*) nicht die Stetigkeit, welche ihr die Gegner zuschreiben, um Raum für ihre Con-

struktionen zu gewinnen. Und so konnte sich der neue Grundsatz, wonach der Richter nach Umständen direkt auf eine geminderte Condemnationssumme zu sprechen hatte, an den älteren Modus des Verfahrens aufs leichteste anfügen. Er führte keine Aenderung im materiellen Resultat herbei, er vermittelte nur eine Vereinfachung des Mechanismus; was bisher indirekt erzwungen wurde, darauf urtheilte man jetzt direkt, was bisher ein Interlocut aussprach, das stellte jetzt eine Finalsentenz als Recht für die Parteien hin.

§. 23.

III. Verallgemeinerung der Wechselklage.

Paulus, receptae sententiae II, 5, 3.

Wir haben einen Grund bis jetzt noch nicht finden können, die Mittheilungen der Institutionen und des Theophilus zu verwerfen, wonach in der spätern klassischen Zeit seit Marc Aurel in strictis judiciis Compensation durch den Richter nach Vorschüzung der *exceptio doli* allgemeine Anerkennung fand. Im Gegentheil ist uns im Laufe unserer Untersuchung gar Manches entgegengetreten, was deren Aussage bald bestimmter, bald weniger bestimmt bestätigt und unterstützt hat.

Mit diesem Zeugniß ist aber die von den neuesten Schriftstellern angenommene Entwicklung ²⁾ ganz unvereinbar, wonach die Compensation in der spätern klassischen Zeit immer von vornherein vom Kläger durch eine Aenderung der Klage vermittelt werden mußte, wenn der Beklagte in jure eine Gegen-

1) S. 193.

2) Vergl. S. 193.

forderung opponirte; wonach er dann zu der Wahl der *actio cum compensatione* gezwungen wurde, die man früher nur dem Wechsler aufgedrungen hatte; Gegenforderungen aber, die erst in *judicio* vorgebracht wurden, nicht zu berücksichtigen waren. Wir müßten daher diese Behauptungen verwerfen, selbst wenn sich in unsern Rechtsquellen die eine oder die andere Stelle fände, welche auf jenen angeblichen allgemeinen Zwang zur Wahl der Wechslerklage hinzudeuten schiene. Denn der Bericht der Institutionen ist schlicht und einfach, die Absicht eine historische Notiz zu geben und das Recht der späteren klassischen Zeit darzustellen steht unzweifelhaft fest, und auch ein Irrthum konnte nicht unterlaufen, da die Verfasser aus den Institutionen von Ulpian, Paulus und Anderen, die ihnen vorlagen, die sie excerpirten, vielleicht gerade hier benutzten, vollständigen Aufschluß schöpfen konnten.

Allein, wenn wir selbst ganz davon absehen, daß jene Annahme der bestimmten Erzählung der Institutionen widerspricht, so zeigt sich bald, daß sie auch ohne Rücksicht darauf betrachtet, eine eingehende Prüfung durchaus nicht bestehen kann. Die allgemeine Nöthigung zu jener Klage ist an und für sich höchst unwahrscheinlich, sie ist unvereinbar mit klarem Zeugniß, wonach auch gegen strenge Klagen in späterer klassischer Zeit *Compensation* noch beim Richter angebracht werden konnte, und es findet sich von derselben nirgends irgend eine sichere Spur.

Die Verallgemeinerung des Zwangs zur Wechslerklage wäre eine beispiellose historische Anomalie. Wir haben gesehen, daß die Wechslerklage eine der ersten Bildungen der *Compensation* ist, es ist uns wahrscheinlich geworden, daß sie zu Gajus Zeit für

das Geschäftsverhältniß der Wechsler schon seit Jahrhunderten bestand ¹⁾ und doch war sie immer noch nach seinem Bericht von so beschränkter Anwendung, daß sie nicht einmal dem Geschäftsfreund bei Klagen gegen den Wechsler aufgezwungen wurde ²⁾. Sie soll nun urplötzlich in den wenigen Jahrzehnten von Gajus bis Paulus die bedeutendste Ausdehnung erhalten haben und nicht etwa bloß dem Geschäftsfreund, der gegen den Wechsler klagte, sondern einem Jeden aufgezwungen worden sein, welcher irgend eine strenge Forderung einlagen wollte, wenn ihm nur der Beklagte mit Recht oder Unrecht eine Gegenforderung opponirte.

Das wäre auffallend, aber doch denkbar, wenn die Construction der Wechslerklage nicht aus dem besondern Bedürfniß des Wechslergeschäfts hervorgegangen wäre, sondern nur bestimmt gewesen wäre, den allgemeinen Gedanken der Compensation, welcher allerdings mehr und mehr an Ausdehnung gewann, zu verwirklichen. Nun beschränkt aber jene Klage den Wechsler nicht bloß auf die Forderung eines Ueberschusses und nöthigt ihn so zur Compensation; sondern sie zwingt ihn noch außerdem auch den Betrag dieses Ueberschusses ³⁾ auf das genaueste anzugeben und macht davon das Schicksal des Processes abhängig, so daß er seinen Anspruch für immer verliert, wenn er seine Forderung nur um einen Pfennig zu hoch, die Gegenforderung nur um einen Pfennig zu niedrig ansetzt. Dies erklärt sich aus seiner Ver-

1) §. 51, vergl. auch Scheurl §. 173 „jedemfalls zur Zeit des Gajus und wohl schon lange vor ihm“ u. A.

2) oben §. 42.

3) oben §. 32 u. folgende.

pflichtung, genaues Buch zu führen und auch die Gegenforderungen aus dem Geschäfte in dasselbe einzutragen¹⁾.

Hätte man aber auch diese Bestimmung — wie Brinz voraussetzt — verallgemeinert, so hätte man die schreienste Ungerechtigkeit veranlaßt; man wäre in Widerspruch mit dem so natürlichen und auch im römischen Recht anerkannten Grundsatz getreten, wonach der Creditor wohl die Größe seiner Forderung aufs genaueste angeben muß, der Debitor aber seine Schulden genau zu kennen und anzuschlagen nicht verpflichtet sein kann.

Freilich setzt wohl auch sonst das römische Recht voraus, daß der Schuldner seine Schulden kenne und belegt ihn mit Strafe, wenn er sie nicht anerkennt. So wächst in gewissen Fällen *lis in duplum*, so wird der mit der *a. certae pecuniae creditae* Belangte, falls er unterliegt, in Gefolge der *sponsio tertiae partis* noch außerdem auf den dritten Theil des Streitobjekts verurtheilt²⁾. Aber darum ist das nicht Regel; es sind immer besondere Umstände, unter denen man die Kenntniß des Beklagten von seiner Schuld präsumierte und ihn deswegen für verpflichtet hielt, die Forderung noch vor dem Beweis des Gläubigers anzuerkennen; wo dies nicht anzunehmen war, fiel auch die Strafe weg.

Gaj. IV, 172. *heredes vel qui heredum loco habentur nunquam poenis obligati sunt, item feminis pupillisque remitti solet poena sponsionis*³⁾.

Wäre aber die Wechslerklage das einzige und allgemeine Medium der Compensation geworden, so wäre damit ohne Unterschied ein jeder Kläger aus einer *str. juris a. ver-*

1) S. 35 u. fgnde.

2) Gaj. IV, 171.

3) Vergl. fr. 42, D. de divers. reg. juris 50, 17.

pflichtet gewesen, nicht nur seine Forderung aufs genaueste anzusehen, sondern auch seine Schuld bei Heller und Pfennig fehlerlos zu bestimmen. Damit wäre, was wohl in besonderen Fällen Recht scheinen konnte, zur unbilligsten Regel geworden.

Schon das wäre eine unbegreifliche Erscheinung, daß man im späteren klassischen Recht die Fälle des *causa cadere* in einer ganz exorbitanten Weise vermehrt hätte. Denn wenn auch die klassische Jurisprudenz den altnationalen Gedanken festhielt, wonach der Kläger, dessen Klage mit seinem Recht nicht congruent war, abgewiesen wurde, und dann doch eine neue Klage wegen derselben Sache unzulässig schien, so war doch die Tendenz, den Satz zu mildern, gewiß aber nicht ihn zu schärfen. Völlig unglaublich aber ist, daß dies zu Gunsten der Compensation, eines Instituts, geschehen sei, das auf der *aequitas* gegründet ist und dem strengen Recht geradezu widerspricht. Es ist allerdings billig, daß der Beklagte, welcher zur Abrechnung bereit ist, nicht zur Effectivzahlung gezwungen wird; wäre dies aber nicht anders zu erreichen gewesen, als durch eine Einrichtung, wonach der Kläger seine Forderung verlor, wenn er sich nur im Geringsten im Betrag einer Gegenforderung irrte, die er oft nicht kennen konnte, so wäre es weit vernünftiger und billiger gewesen dem alten Recht seinen Lauf zu lassen.

Dazu kommt dann aber noch, daß uns ganz bestimmt in einem Rescript Gordians bezeugt wird, daß die Compensation gegen eine *stricti juris actio* noch bei dem Richter angebracht werden könne, und also nicht, wie man behauptet, bereits in *jure* zu opponiren und in die Klagformel aufzunehmen war.

c. 8. C. de compensat. Imp. Gordianus A. Emerito
Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, quum id, quod a matre

tua legatum est, a te petere coeperit, mutuo debitae quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies.

Es wird eine Legatsklage angestellt, diese ist eine str. juris actio, nichts desto weniger soll die Compensation mit der — erst abzuschätzenden — Gegenforderung des Beklagten, versteht sich nach Vorschätzung einer exceptio doli noch beim Richter, der über dieselbe sprechen wird, vorgebracht werden ¹⁾).

Brinz hat bemerkt, daß dies seinem System widerspricht und deshalb die Beweiskraft der Stelle dadurch zu beseitigen gesucht, daß er annahm, es sei hier von einem Verfahren extra ordinem die Rede. Dies ist aber unrichtig. Denn bekanntlich wurden in der klassischen Zeit, wohl die Fideicommissa extra ordinem eingeklagt, nicht aber die Legate; noch Ulpian sagt (fragm. tit. 25. §. 12.) fideicommissa non *per formulam* petuntur, *ut legata*; es ist kein Grund vorhanden anzunehmen, daß sich dies unter den fast unmittelbaren Nachfolgern Alexanders Severus († 235) unter einem der Gordiane (238—244) den Zeitgenossen Modestins ²⁾ geändert habe. Vielmehr blieb der Magistrat zur Beurtheilung einer stricti juris actio inkompetent, bis Diokletian verordnete, (c. 2. C. de pedaneis jud. 3, 3. a. 294.) Placet Praesides de his causis, in quibus, quod *ipsi non possent cognoscere*, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere. Und noch nachher, nachdem der Magistrat auch über die ordentliche Klage selbst zu Gericht sitzen konnte, blieb der für sie geltende Formalismus, die alte actionis impetratio

1) Brinz §. 112.

2) c. 5. C. ad exh. Zimmern Rechtsg. I. §. 382 Anm. 8.

bestehen und wurde erst 428 durch die Constitution von Theodosius und Valentinian c. un C. Theod. de ommissa actionis impetrat. 2, 3. abgeschafft. Es ist demnach ganz undenkbar, daß man „die Legatsklage“ schon zur Zeit Gordians um 240 nach den Prozeßgrundsätzen und dem Recht der extraordinaria cognitio behandelt habe ¹⁾.

Zum Beweis jener allgemeinen Nöthigung zur Wahl der Wechlerklage hat sich Brinz auf drei Stellen, sämmtlich von Paulus gestützt, von denen wir zugeben müssen, daß sie schwierig sind, in denen wir aber den Beweis für jenen Satz nicht zu finden vermögen.

Einmal hat er fr. 4 u. fr. 21. D. de compensat. dafür angeführt. Aber freilich ist in ihnen ausdrücklich von jenem Satz nichts zu lesen; er hat sie erst durch mehrere Hypothesen über die Bedeutung des ipso jure in diesen Stellen, beweiskräftig zu machen gesucht. Diese Hypothesen sind, wie wir glauben, sämmtlich unrichtig und mit ihnen muß dann deren Beweiskraft zusammenfallen. Doch können wir dies erst zeigen, wenn wir speciell von dem Artom handeln werden, daß die Compensation ipso jure eintrete und wir müssen demnach vorläufig auf diesen Abschnitt verweisen ²⁾.

Dagegen ist hier der Ort, auf eine Stelle aus dem westgothischen Auszug der receptae sententiae von Paulus II, 5. §. 3. einzugehen, welche allerdings noch mit dem meisten Schein für die von uns bekämpfte Ansicht angeführt

1) In fr. 7. §. 1. D. de compens. findet sich noch si judex compensationis rationem non habuerit Ulpianus libro 28 ad edictum. Brinz nimmt an, daß hier von Compensation in b. f. jud. gehandelt worden wäre, und das ist allerdings möglich.

2) Vergl. §. 23.

wird. Unter dem Titel de pignoribus findet sich nämlich dort eine abgeriffene, höchst merkwürdige Notiz über die Compensaton. Voraus geht die Entscheidung, daß die Jungen der zum Pfand gegebenen Thiere im Zweifel nicht als mitverpfändet zu betrachten seien. Hieran reiht sich in der westgothischen Compilaton:

Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur, veluti si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum aut cetera hujusmodi, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis.

Diese Stelle handelt von Forderungen auf ein certum, von einer Compensaton in stricti juris actiones. Dennoch soll sie offenbar nicht in Folge der Vorschüzung einer exceptio doli vom Richter vermittelt werden, sondern sie muß in der Klage selbst angebracht worden sein, ja der Kläger soll seinen Prozeß verlieren, wenn er nicht selbst von vornherein genau kompensirte. Aeltere Interpreten haben zwar wohl angenommen, unsre Stelle spiele auf eine gänzliche Abweisung des Klägers in Folge der Vorschüzung der exceptio doli an und dies hat Krug ¹⁾ wiederholt. Allein gewiß mit Unrecht. Denn vom Kläger, welcher eine an sich richtige Klage angestellt hat, dem dann eine exceptio opponirt wurde, kann niemals gesagt werden, daß er plus petit ²⁾; auch causa cadere findet sich nur bei einem Prozeßverlust in Folge eines Fehlers der intentio, für Abweisung in Folge einer begründeten ex-

1) Krug, S. 51.

2) Vergl. §. 10, I. de except. 4, 13. fr. 1. D. de irrog. in jure 11, 1. Gaj. IV, 53. Paulus sent. rec. 1, 10. u. f. f. Bethmann-Sollweg Rhein. Mus. 1. S. 277. Brinz S. 95.

ceptio scheint dieser Ausdruck nicht gebräuchlich gewesen zu sein; man sprach von einem *summoveere*, *repellere*.

Deßhalb verwarf schon Bethman-Hollweg¹⁾ jene Annahme und suchte unsere Stelle durch die Hypothese zu erklären, daß Paulus zunächst von der Compensation der Wechsler gehandelt habe und daß seine Worte nur durch Weglassungen den Schein von Allgemeinheit angenommen hätten. Treffend hat aber dagegen Krug²⁾ bemerkt, daß in der zweiten Person gesprochen werde, woraus hervorgehe, daß Paulus nicht von einzelnen Klassen von Personen handelte, sondern von Anfang an einen allgemeinen Satz aufstellte. Ein Grund, warum die Westgothen die dritte in die zweite Person geändert haben sollten, ist nicht aufzufinden, die *interpretatio* selbst spricht in der dritten Person.

Demnach hat denn Brinz mit Recht angenommen, daß an dieser Stelle von einer Compensation die Rede sei, welche schon in der Klage ihren Ausdruck fand, und daß doch nicht eine Klage des Wechslers vorausgesetzt sei. Wenn er daraus aber weiter argumentiren will, daß zur Zeit des Paulus nicht allein der Wechsler, sondern jeder Kläger, der eine strenge Forderung geltend machen wollte, gezwungen wurde, die Gegenforderungen des Beklagten in der *intentio* seiner Klage abzuziehen, daß demnach jetzt Jeder von vornherein *cum compensatione* klagen mußte, so steht ihm unsere Stelle nicht mehr zur Seite, ja er tritt sogar mit derselben in einen unverkennbaren Widerspruch.

Indem uns Gajus berichtet, daß der Wechsler zur Compensation gezwungen werde, bedient er sich ganz natürlich

1) Rhein. Museum S. 285.

2) Krug S. 51.

des Ausdrucks *compensatio ei interponitur, cogitur cum compensatione agere*¹⁾. Ähnliche Phrasen hätte Paulus anwenden müssen, wenn er den prägnanten Satz aussprechen wollte, daß die *actio cum compensatione* jetzt jedem Kläger aufgedrungen werde. Aber in unserer Stelle findet sich von solchen Ausdrücken nichts; Paulus bestimmt vielmehr im Einleitungssatz, in welchem er das Prinzip feststellt, das im Verlaufe der Stelle nur näher erläutert wird, ganz im Gegentheil *compensatio debiti — admittitur*. Er will also nicht von einem Zwang, sondern einem Zulassen der Compensation durch den Kläger handeln.

Man wird entgegen, Paulus rede in dem Einleitungssatz von dem Beklagten, ihm werde die Compensation zugestanden und davon wäre die Folge, daß sie dem Kläger aufgezwungen würde. Allein diese Interpretation scheint uns unzulässig, mindestens willkürlich.

Paulus wendet sich in der ganzen Stelle an den mit „Du“ angesprochenen Kläger. Du, „der Kläger“ sollst kompensiren, sagt der zweite Satz, der dem ersten nur eine weitere Erläuterung mit *velut* anfügt; Du, der Kläger, darfst nicht zu viel fordern, bist abzuweisen, bestimmt der Schlusssatz. Und so ist er gewiß auch im Einleitungssatz die Person, welche die Compensation vornimmt und der sie zugestanden wird. Nur so erhalten wir einen prägnanten, mit dem folgenden congruenten Sinn.

Darauf deuten denn auch die Worte *compensatio „debiti“ admittitur*. Denn es ist recht eigentlich nur der Kläger, der mit seiner Schuld, seinem *Debitum* auf die Forderung, die

1) Gaj. IV. 64. 66.

er einflagt, kompensirt. Der Beklagte kompensirt auf die von ihm zu entrichtenden Schulden nicht mit anderweitigen Schulden, sondern mit seinen Gegenforderungen.

Und so findet sich allerdings in unserer Stelle nur ausgesprochen, daß dem Kläger auf Ansuchen Compensation gestattet wird, nicht daß man ihn zu solcher von vornherein zwingt. Alle weitere Ausführung ist dann nähere Bestimmung und Consequenz des von Anfang an festgestellten Satzes.

Fretlich scheint es auf den ersten Blick undenkbar, daß der Kläger um eine so gefährliche Klage nachsuche, bei der er den Prozeß verliert, wenn er sich in Bezug auf die Gegenforderung nur um einen Heller irrt. Allein wenn die Klage seiner Willkür überlassen ist, so verschwindet das Bedenkliche, was in einer solchen Einrichtung liegt; er wird sie nur beantragen, wenn er die Gegenforderung, die er dann speziell namhaft macht, genau kennt. Und es wird sich zum Verständniß nur fragen: kann der Kläger bei solcher Compensation ein Interesse haben? Dies führt uns auf die Compensation des Klägers überhaupt, von der wir handeln müssen, ehe wir auf unsere Stelle weiter eingehen.

§. 24.

Compensation im Interesse des Klägers.

Zunächst wurde die Compensation gewiß im Interesse des jeweiligen Beklagten eingeführt; denn das ist besonders unbillig, daß der Beklagte zur Herbeischaffung von Zahlungsmitteln gezwungen werden soll, die er hernach sogleich wieder zurückfordern kann, während beide Theile schon durch eine einfache Abrechnung zu dem Ihren kommen könnten. Dagegen scheint es für den Kläger nichts Beschwerliches zu haben,

volle Zahlung zu empfangen, während er umgekehrt selbst Zahlung schuldig ist. Daraus erklärt es sich, warum die Form, unter welcher die Compensation im str. juris judic. regelmäßig vorgebracht wurde, die *exceptio doli*, nur das Vorschützen der Compensation von Seiten des Beklagten, nicht aber des Klägers möglich machte.

Dennoch wird es auch der rechtschaffene und ordentliche Kläger, der den Schuldner unmittelbar zu befriedigen denkt, häufig bei weitem vorziehen, durch die einfache Operation des Abrechnens sein Verhältniß mit dem Gegner zu ordnen, als zuerst Zahlung einzutreiben und dann zurückzuzahlen. Denn weder Zahlen noch Zahlung eintreiben ist im Leben immer eine leichte Sache, es erfordert Zeit, Kostenaufwand und Vorsicht.

Seit man nun aber regelmäßig dem Beklagten gestattete, bei einer jeden Klage, der eine *exc. doli* zugesügt war, noch in *judicio* Compensation mit Gegenforderungen zu beantragen, mußte es immer dringenderes Bedürfniß scheinen, auch dem Kläger die Möglichkeit zu eröffnen, die Initiative zu ergreifen und von vornherein eine Compensation der Forderungen bis zu gleichem Betrage herbeizuführen. Allerdings wurde ihm, auch wenn er nicht kompensirt hatte und abwartete, bis sich der Beklagte unter dem Schutze der *exceptio doli* auf die Compensation berief, immer noch der gebührende Ueberschuß zugesprochen. Allein einmal war es wohl manchem Kläger empfindlich, in Gefolge einer *exceptio doli*, wenn auch nur zu einem Theile abgewiesen zu werden; dann verlor man bei dem Aussprechen einer in Folge der *exceptio doli* geminderten Condemnationssumme häufig materielle Vortheile. Dies war namentlich bei der *actio certae pecuniae creditae* der Fall. Wer hier unbedingt obfiegte und volle formelgemäße Condemnation

erhielt, konnte noch außerdem in Folge der *sponsio tertiae partis*, die der Beklagte auf sein Verlangen vor der *Litisconstestation* abschließen mußte, den dritten Theil des Streitobjekts als Strafgeld eintreiben. Dies mußte wegfallen, wenn der Kläger durch Vermittlung des *officium judicis* beim Nichtigstehen der *exceptio doli* eine Verurtheilung zu einem bloßen Theile der Klagsumme erlangte.

Zuletzt, nachdem sich die Theorie der Compensation noch mehr entwickelt hatte, traten sogar Combinationen ein, wo Compensation durchaus nicht im Interesse des Beklagten, sondern ausschließlich im Interesse des Klägers lag. So stellte sich — wir werden später noch darauf kommen müssen — nach und nach der Grundsatz fest und wurde durch Constitutionen bestätigt, daß nach Vorschätzung der Compensation der Zinsenlauf der gegenüberstehenden Forderungen des Klägers und des Beklagten vom Augenblicke ihrer Coexistenz an sistirt sein sollte ¹⁾.

Denken wir uns nun eine größere Forderung des *Agrius*, die unverzinslich ist, eine kleinere des *Numerius*, die mit hohen Zinsen läuft und etwa auch noch mit guten Pfändern versichert ist. *Numerius* hat hier das größte Interesse, daß seine Forderung so lange als möglich stehen bleibt, er wird niemals kompensiren, damit nicht auch die in der Zwischenzeit aufgelaufenen Zinsen als vom Augenblicke der Coexistenz an kompensirt angesehen werden. Er wird vielmehr abwarten, bis *Agrius* klagt, diesen bei Heller und Pfennig bezahlen und seine Gegenforderung durch die Zinsen immer mehr anschwellen lassen. In solchen Fällen fordert das materielle Recht, daß

1) Fr. 11 und 12 D. de compensat. c. 4 C. eod. u. f. f.

auch dem Kläger die Möglichkeit gegeben werde, von vornherein bei der Klage zu kompensiren.

Vielleicht wendet man ein, es bedürfe wenigstens in diesem Falle einer besonderen Vorkehrung nicht, weil der Kläger schon dadurch gesichert sei, daß er seine Klage zu theilen berechtigt sei; er durfte die *condictio certi* ohne weiteren Vormerk auf die Summe richten, die sich ihm als Ueberschuß über die Gegenforderung herausgestellt hatte, er konnte also, wenn seine Forderung auf 10000, die Gegenforderung auf 5000 ging, vorerst einfach *intendiren si parei N^m X milia d. o. 1)*; dann abwarten, bis der Gegner seine 5000 einforderte und auf diese mit den 5000, die er noch nicht eingeklagt hatte, kompensiren. Allein es bedarf keiner besonderen Ausführung, daß dies eine gefährliche, unpraktische und unersprießliche Procebur gewesen wäre. Der Richter über jene getheilte Klage konnte ihm nur die eingeklagten 5000 zuerkennen, von der Forderung über 5000, von der Gegenforderung war keine Rede; es kam folglich weder zu einem direkten noch indirekten Entscheid über diese; vielmehr blieb in Bezug auf sie Alles in *suspensio*. Der Kläger hat aber das größte Interesse dabei, daß er nicht erst einen zweiten Prozeß abzuwarten habe, daß vielmehr seine Streitigkeiten mit dem Beklagten ein für allemal erledigt werden, daß Bürgen und Pfänder, welche die Gegenforderung versicherten, förmliche Befreiung erhalten, kurz daß seine Rechtsverhältnisse durch den einen Prozeß geordnet werden.

Auf der anderen Seite stellten sich der Statthaftigkeit der Einführung der Compensatton durch den Kläger doch gewichtige Bedenken entgegen. Es ist ein natürlicher und im römischen

1) Cfr. Gaj. IV. 122.

Rechte noch unbedingter als heutzutage anerkannter Satz, daß es dem Gläubiger überlassen ist, zu bestimmen, wann er seine Forderung geltend machen, wann er sie einklagen, oder zur Einrede benutzen will. Bei der Einführung der Compensation durch den Kläger bringt aber dieser nicht nur seine Forderung, sondern auch seine Schuld zur gerichtlichen Verhandlung; er nimmt dem Inhaber derselben die Initiative und zieht ein diesem zustehendes Recht in den Prozeß. Die klassischen Juristen haben diese Schwierigkeit empfunden und sie nahmen an einer solchen Einführung der Compensation wohl Anstand; sie wurde aber überwunden, indem sich der Gedanke immer mehr feststellte, Compensation sei ein Recht beider Theile ¹⁾, das man keinem von ihnen verkümmern dürfe.

Auch fand sich für die Einführung der Compensation durch den Kläger allerdings eine Analogie beim Wechslergeschäft. Der Wechsler mußte bei seiner Klage von vornherein, ohne einen Antrag des Geschäftsfreundes abzuwarten, den Ueberschuß seiner Forderungen mit den Gegenforderungen des Beklagten kompensiren ²⁾. Es war ein natürlicher Uebergang, daß man eine ähnlich formulirte *actio cum compensatione* auf das *amplius*, wie man sie jedem Wechsler, der klagte, aufzwang (*cogitur*), nun jedem Kläger, der mit Compensation klagen wollte, gestattete (*admittitur*). War dann die Forderung auf den „Ueberschuß“, den er einklagte, vom Richter anerkannt, so galt auch die Gegenforderung, die er abgezogen hatte und die jedenfalls bestimmt in der Klage namhaft zu machen war ³⁾,

1) Vergl. unsere Erklärung von fr. 21 D. de compens. (§. 33 III.)

2) Vergl. S. 32.

3) Hierin lag eine Verschiedenheit von der Wechslerklage; wie denn überhaupt nur von einer Analogie geredet werden kann. Andere Ver-

für immer als compensirt; es trat dann der spätern Klage des Beklagten die Einrede der durchgeführten Compensation entgegen, ohne daß der zweite Richter noch einmal über deren Richtigkeit zu entscheiden hatte.

Eine andere natürliche Form der Compensation des Klägers war die deductio. Der Kläger konnte der Gegenforderung in der Condemnation Erwähnung thun und den Richter zur Compensation veranlassen. Diese Form ergab sich gewissermaßen von selbst¹⁾.

Beide Formen konnten neben einander bestehen, zwischen beiden hatte der Kläger die Wahl. Doch war die formula cum compensatione nur möglich, wenn es sich um gleichartige Forderungen auf ein certum handelte, und ihre Erbitung war nur rätlich, wenn der Kläger die Gegenforderung aufs genaueste kannte; denn es war nothwendige Folge der strengen Klage die er sich erbeten hatte, daß er sich bei dem geringsten Fehler der Abweisung wegen pluris petitio aussetzte. Dagegen erhielt er sich durch sie alle Vortheile, welche ein stricti juris iudicium gewähren konnte, das unverkümmerte Recht auf eine condemnatio certa, den Anspruch an die sponsio tertiae partis creditae, die an die condemnatio certa geknüpft war. Er konnte sich aber auch eine actio cum deductione geben lassen und dies geschah immer, wenn es sich von einem incertum handelte.

Dies ist denn auch wohl gerade der Gedanke von Paulus

schiedenheiten liegen in der Natur der Sache, die wir nicht hervorheben, um uns nicht in Hypothesen zu verlieren.

1) So wird noch heute der Kläger, der Compensation will, klagen. Sente nis, gem. Civilt. Bb. II. S. 238.

in den *receptae sententiae*¹⁾ gewesen, der freilich in abgeklüffelter Form auf uns gekommen ist. Er sprach von der Möglichkeit der Einführung der Compensation durch den Kläger durch eine der *condemnatio* angefügte *deductio* und daran schloß sich wohl:

„Es wird auch dem Kläger die *compensatio* einer Schuld *ex pari causa* und *specie dispari* gestattet; so kannst Du (*debes*)²⁾ wenn ich Dir Geld schulde und Du mir welches schuldest oder Getreide oder ähnliche Dinge, obgleich sich hier verschiedene Contracte finden (nicht wie bei der Wechselklage *una causa* anzunehmen ist), sowohl kompensiren als *deduciren*; bei der *compensatio* mußt du aber nicht nur die *condemnatio*, sondern auch die *intentio* mindern; wolltest du hier deine ganze Forderung einklagen oder auch nur einen Heller zu viel fordern, so würdest du den Prozeß *plus petendo* verlieren.“

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß Paulus einst statt der Worte *si totum petas*, die unter allen Umständen nicht genau sind, wie Gajus geschrieben hat, *si plus uno nummo petas, plus petendo causa cadas*³⁾. Es war natürlich, daß wenn der Text so hieß, die Westgothen ihn interpolirten. Denn sie wollten aus jener besondern Bestimmung ein allgemeines Gesetz für die Compensation machen; und dabei konnten sie freilich dem Kläger nicht zumuthen die Gegenforderungen auf Heller und Pfennig anzugeben. Sie mußten jene *nummi* schon deswegen streichen, weil sie andre Münzen benutzten.

1) Siehe S. 247.

2) *Debes*, du kannst, du darfst, ganz gewöhnlich *l. §. 3 I. quod cum eo 4, 7. prout expedit, quisque vel hanc vel illam eligere debet u. a. a. D.*

3) *Gaj. IV. 68.*

Wie dem auch sei, unsere Erklärung ist auch mit dem jetzigen Text verträglich. Man könnte höchstens gegen sie einwenden, daß sie einen Grundgedanken supplire, von dem sich in der Stelle nur Andeutungen finden. Allein wir würden darin einen Vorwurf nicht erblicken. Daß unsere Stelle aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang gerissen ist, daß die Hand der Westgothen im Spiel war, wird Niemand leugnen. Halten wir es gleich deswegen noch nicht für gerechtfertigt, wenn man ihr, wie S i n t e n i s ¹⁾ und Andre, allen und jeden Werth abspricht, so ist es doch Vorbedingung aller Erklärung, den ursprünglichen Zusammenhang zu reconstruiren. Dies ist denn auch in der That noch immer geschehen und die neuesten Interpreten sind dabei am wenigsten ängstlich gewesen. Fehlerhaft wäre es daher nur auf dieses Fragment und die zu seiner Erklärung herbeigebrachten Hypothesen die Entwicklungsgeschichte der Compensation überhaupt zu bauen und andre unzweideutige Quellenzeugnisse seinetwegen zu verwerfen; dagegen scheint es uns vollkommen gerechtfertigt, wenn wir es aus dem übrigen Quellenmaterial so erklären, daß es mit diesem nicht in Widerspruch steht.

Unsere Interpretation der *receptae sententiae* wird aber noch sehr bestätigt durch eine Stelle von Scaevola libro 2. *quaestionum*, welche unzweideutig von einem Compensationsantrag des Klägers handelt und in welcher dieser gleichfalls mit den Worten „*compensatio debiti admittitur*“ zugelassen wird.

Fr. 22. D. de compensat. Si *debeas* decem milia aut hominem, utrum adversarius voluisset, *ita compensatio*

1) S i n t e n i s, Compensation S. 37. Fuhr, Archiv für prakt. Rechtsw. S. 136.

hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.

Der Jurist spricht hier zu einem Schuldner, der alternativ einen Sklaven oder zehn nach der Wahl des Gläubigers zu liefern hat, und entscheidet, daß er nur dann mit dieser Schuld kompensiren dürfe, wenn sich der Gläubiger vorher über die Wahl erklärt und die Forderung fixirt habe. Es ist auch hier der angerebete Schuldner welcher mit seiner Schuld kompensiren will und dies ist nur denkbar, wenn er als Kläger mit einem größern Creditum auftritt und dabei sein Debitum sofort abziehen will. Wir sehen also, daß solche Compensation des Klägers wünschenswerth war und zulässig erschien.

So gestattet auch eine kaiserliche Constitution von Alexander auf klägerischen Antrag Compensation.

c. 5 C. de compensat. Alexander A. Honoratae Etiam si fideicommissum tibi ex ejus bonis debere constat, cui *debuisset* te minorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit computationem; *petitio* autem ejus, quod „*amplius*“ tibi debere probaveris, sola relinquitur.

Es hat Jemand ein größeres Fideicommiß zu fordern, während er dem Erblasser umgekehrt eine kleinere Schuld zu leisten hatte. Er, der Gläubiger der größeren Summe fragt nun an, ob er sich in solchem Fall auf die Compensation zur Deckung der von seiner Schuld laufenden Zinsen berufen könne. Der Kaiser bejaht dies, er bestimmt aber dem Fideicommissar¹⁾, daß er dann seine Klage auf das beschränken müsse, was er als „*amplius*“ zu fordern habe.

1) Unrichtig ist die Behauptung von Brinz §. 114, daß der Fideicommissar hier der Beklagte sei.

In diesem Fall konnte übrigens die Zulassung der Compensation auch deshalb Anstand finden, weil der Kläger einen Anspruch hatte, der extra ordinem zur Verhandlung kam; es fragte sich, ob er auch Gegenforderungen die zum Ressort des ordentlichen Richters gehörten, in den extraordinären Prozeß heranziehen könne. Alexander bejaht dies und darin lag allerdings ein neuer Sieg der Compensation ¹⁾.

§. 25.

Zulassung der Compensation bei persönlichen Klagen aller Art.

Nachdem einmal die Compensation in strictis judiciis anerkannt war, erfüllte sie bald das ganze Gebiet der persönlichen Klagen. Selbst gegenüber den Bönnaklagen, selbst der actio furti gegenüber ließ man sie zu, obgleich man dem überwiesenen Dieb gegenüber hätte häßlicher sein können. Auch der mit der Noxalklage Beklagte durfte compensiren; nicht aber der Kläger, da dem Beklagten das Recht nicht entzogen werden konnte, sich von der Litis aestimatio durch noxae deditio zu befreien.

Fr. 10 §. 2. D. de compensat. Ulpianus libro 63 ad edictum.

Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. Idem est, et si ex causa furtiva condicatur. Sed et qui noxali iudicio convenitur, compensationem opponere potest.

Cujactus will id est statt idem lesen und meint, daß die

1) Uebrigens war schon von Ulpian die Zulassung einer mutua petitio bei der extraord. cognitio — wie es scheint ohne Unterschied — anerkannt.

Compensation bei der *actio furti* ausgeschlossen gewesen sei, wie uns scheint ohne genügenden Grund ¹⁾).

Bei den *extraordinariae cognitiones* fand Compensation wohl schon vorher dann Eingang, wenn sich der hier angebrachte Anspruch zu einem normalen Vermögensrecht herangebildet hatte, wie bei den *Fideicommissen*. Ein Beispiel solcher Compensation gab uns schon *c. 5. C. de compens.* ²⁾). Auch von einer *deductio* wegen Verwendungen wird hier gesprochen ³⁾).

Auch auf die *bonae fidei judicia* wirkte dann wiederum die wachsende Geltung der Compensation zurück. Jetzt konnte man auch hier nicht nur Gegenforderungen aus demselben Geschäft, sondern auch aus *dispari causa* zur Compensation bringen. So wird in einem *Rescript Severi* ⁴⁾) die Statthaftigkeit der Compensation auf den eingeklagten Kaufpreis unbedingt anerkannt und durchaus nicht auf Gegenforderungen aus dem Kauf selbst beschränkt.

Bei dinglichen Klagen dagegen ist Compensation in der klassischen Zeit wenigstens nicht Regel geworden; wie sie sich hier gestaltete, werden wir erst später untersuchen können.

1) *Cujacius*, tom. IV, S. 1351 ad h. locum u. a. a. D.

2) Siehe S. 258.

3) *z. B.* fr. 40. §. 1. D. de cond. indebiti 12, 6 u. a. D. der Erbe, der die *fideicommissirte* Sache ohne Abzug herauszugeben hat, hat sogar eine *condictio incerti*, also nicht etwa bloß ein *simples Retentionsrecht*.

4) *c. 7. C. de compensat.* Si ex venditione pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. Adversus fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem opponere prohibentur.

Fünftes Kapitel.

Compensation bei der Widerklage.

§. 26.

Verweisung mehrerer Klagen vor einen Richter.

Wir haben bisher nachgewiesen, wie die innere Entwicklung des Rechts nach und nach die Berücksichtigung der Compensationseinrede durch den Richter möglich machte, wie ihr die größere Freiheit der Auffassung aller Obligationsverhältnisse allenthalben Raum verschaffte. Allein sie hätte schwerlich zu regelmäßiger und unbedingter Anwendbarkeit gelangen können, wenn nicht eine unscheinbare, aber darum nicht minder wichtige Aenderung in der Gerichtsverfassung mit der Entwicklung des materiellen Rechts Hand in Hand gegangen wäre.

In früherer Zeit betraute man denselben Richter regelmäßig nur mit der Entscheidung über eine Rechtsfache, für die er durch die Parteien speciel gewählt war. Schwebten mehrere Rechtsstreitigkeiten zwischen denselben, so wurden darüber soviel abgesonderte Prozesse geführt, als Klagrechte geltend ge-

macht waren. Wie man jedes Recht isolirt und für sich betrachtete, so behandelte man jeden Prozeß isolirt. Schon die Vorschrift, daß die ganze Sache an einem Tag verhandelt und zu Ende geführt werden solle, machte es unmöglich, den Richter mit mehreren Aufträgen zu belasten¹⁾.

Das änderte sich in der Kaiserzeit, vielleicht schon in den letzten Tagen der Republik. Man suchte im Gegentheil dem Richter, welcher einmal zwischen den Parteien ernannt war, die Ordnung ihrer gesammten ineinandergreifenden ökonomischen Verhältnisse in die Hand zu spielen. Streitigkeiten zwischen denselben Personen sollten nicht mehr vor verschiedene Richter verschleppt werden; man verband sie von nun an zu einem Prozeß, damit sie vor einer Person und zu einer Zeit sämmtlich ausgetragen wurden.

Man hat in neuerer Zeit oft behauptet²⁾, die Verbindung sei ausschließlich vom Ermessen des vorsitzenden Magistrats abhängig gewesen, er habe sie angeordnet, wo sie zweckmäßig erschien, verweigert, wenn ein Rechtsstreit complicirter Natur war, so daß Verzögerung statt Vereinfachung und Beschleunigung vorauszusehen war. Indessen ist die Wahl des Juber bis zur spätern Zeit weit mehr Sache der Parteien gewesen, als des Magistrats; der Kläger schlug den Richter regelmäßig vor, der Beklagte hatte das Recusationsrecht und es lag dadurch in seiner Hand die Ernennung eines Vertrauensmannes zur Aburtheilung mehrerer Klagen zu erzwingen. Umgekehrt konnte der Kläger, ohne den Vorwurf der Chikane fürchten zu müssen, den Richter gewiß nicht für die Widerklage recusiren, den er für die

1) Keller, röm. Civilprozeß S. 283.

2) z. B. Plant, Mehrheit der Prozeßstreitigkeiten S. 88.

Hauptfache vorgeschlagen hatte. So wurde die Bereinigung mindestens dann Regel, wenn sie der Beklagte forderte.

1. Der Beklagte durfte verlangen, daß alle Rechtsansprüche die der Kläger gleichzeitig einklagen wollte, sämtlich vor einen Richter verwiesen wurden. Dies erhellt schon daraus daß gerade in den Fällen, in welchen die Verbindung am meisten Anstand hat, in welchen die Rechtsverhältnisse am verwickeltesten sind, einer solchen Bereinigung gedacht wird. So wird bezeugt, daß dem Richter, der für eine *actio familiae erciscundae* ernannt war, auch eine etwaige *a. communi dividundo* oder *finium regundorum* zwischen denselben Personen zu überweisen sei ¹⁾. Ja man trug kein Bedenken, die Auseinandersetzung von zwei verschiedenen Societäten, die Theilung von zwei Erbschaften einem Richter zu übertragen, und man hat sogar die doppelten Klagen zu einer Formel, einem Schriftsatz verbunden, so daß sie in einem Urtheil abzuurtheilen waren ²⁾. Vergessen wir nicht, daß der römische Prozeß in seiner freien Beweglichkeit zur Aufnahme eines weit größeren Materials fähig war als das abgemessene, in förmlichem Schriftenwechsel sich hinziehende gemeine Verfahren.

Nur daraus, daß man eine gleichzeitige Verhandlung mehrerer Ansprüche des Klägers vor verschiedenen Richtern gegen den Willen des Beklagten für unstatthaft hielt, erklärt sich aber auch die *exceptio litis dividuae et residuae*, die wir durch *Gaius* (IV. 36 u. 122) kennen lernten.

1) Fr. 1. D. de quibus rebus ad eundem jud. 11, 2. Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividendo aut finium regundorum eundem judicem sumendum...

2) Fr. 52. §. 14. D. pro socio 17, 2. sufficere hoc unum iudicium fr. 25. §. 3 — 6 fam. erc. 10, 2. unum iudicium sumi potest.

Wer einmal einen Theil seines Anspruchs eingeklagt hat, soll sich regelmäßig innerhalb derselben Prätur einen neuen Richter nicht erbitten können; klagt er später einen andern Theil des bereits zum Prozeß gebrachten Rechts ein, so steht ihm deshalb die *exceptio litis dividuae* entgegen, klagt er auf irgend eine andere Forderung, die ihm bereits im Augenblicke des ersten Prozesses zustand, so hat er die *exc. rei residuae* zu fürchten. Erst mit dem Ablauf der Prätur, mit dem Augenblicke wo alle *imperio continentia judicia*, die wohl die Mehrzahl bildeten, erlöschen, wird sein Klagrecht wieder frei. Hat man einen so starken Zwang zu gleichzeitigem Anbringen mehrerer Klagen für statthaft gehalten, bloß zu dem Zweck, dieselben alle vor einem Richter verhandeln zu lassen, so folgt daraus, daß man, wenn nun wirklich die mehreren Klagen gleichzeitig vorgebracht wurden, sie gewiß ganz regelmäßig vor einen Richter verwies.

2. Umgekehrt konnte der Beklagte aber auch fordern — und dies ist der Punkt, der gerade für uns von Wichtigkeit ist — daß die Gegenforderungen, die er geltend machen wollte, gleichfalls dem Richter überwiesen wurden, der über die Prinzipalklage sprach. Dies war jedenfalls schon frühe Grundsatz, wenn der Beklagte eine Gegenforderung aus dem Geschäft geltend machte, das der Klage zu Grunde lag; die *a. contraria* wurde der *a. directa* von jeher regelmäßig angehängt. Es finden sich aber aus der klassischen Zeit nicht wenig Zeugnisse dafür, daß auch Gegenansprüche aus einer disparaten Gegenforderung dem Richter der Prinzipalklage zur *Cognition* überwiesen wurden. Zu diesen rechnen wir vor Allem:

Fr. 44. D. de jurisdictione 2, 4. Gajus libro I. ad edictum provinciale. Sed et si mutuae sint actiones et

alter minorem quantitatem alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim.

Bekanntlich differiren die Ansichten über den Inhalt dieser Entscheidung wie über ihren Grund außerordentlich; so unbefriedigt hat man sich durch sie gefühlt, daß man selbst zu Textänderungen geschritten ist. Unzweideutig geht indessen aus derselben hervor — und dies ist für uns das Relevante — daß man selbst eine Aenderung der gewöhnlichen Kompetenzregeln nicht scheute, um den Parteien die Wohlthat einer gemeinsamen Verhandlung ihrer Widerklagen zu erhalten ¹⁾. Und dabei scheint uns nicht bloß an Gegenforderungen aus dem Rechtsverhältniß, das der Klage zu Grunde liegt, gedacht sondern an Widerklagen aller Art ²⁾.

Was aber die Interpretation des Einzelnen betrifft, so halten wir wie *Planck* ³⁾ den Inhalt des vorausgehenden Principiums bestimmend für die Erklärung unseres Paragraphen, ohne daß wir mit dessen Auffassung durchgängig einverstanden sind. *Gajus* hat dort auseinandergesetzt, daß beim Stadtmagistrat über mehrere Klagen, für die er einzeln kompetent ist, verhandelt werden könne (*agi potest*), wenn auch ihre Gesamtsumme über das Maas seiner Jurisdiction hinausliege. Er fährt jetzt fort, daß es sich ähnlich bei der Widerklage verhalte. Denn wenn der Kläger eine geringere Summe

1) Vergl. auch fr. 1. §. 15. D. de extr. cogn. 50, 13.

2) a. A. *Planck*, S. 76. Wir glauben aber nicht, daß a. mutua und petitio mutua etwas verschiedenes ist.

3) Vergl. *Planck* S. 73 u. folgende.

fordere, der Widerkläger eine größere, so müsse sich der Kläger auf die kleinere Summe, doch als Widerbeklagter auf die Prozeß-Verhandlung über die Widerklage einlassen (*agendum est ei*). Während es sonst Regel ist, daß der Municipalmagistrat über eine höhere Summe nur durch die Uebereinkunft beider Parteien competent wird, soll es hier nicht in den Willen des Widerbeklagten gestellt sein, ob er sich die Jurisdiction des Magistrats gefallen lassen wolle, er soll nicht verlangen können, daß die Widerklage besonders vor den Präses gewiesen werde und so kalumniöserweise eine getrennte Verhandlung herbeiführen (*ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem agere possim*)¹⁾.

Ebenso setzt Paulus die Verweisung von Widerklagen aller Art vor einen Richter als allgemeine Regel voraus, wenn er bestimmt libro 3. ad Plautium fr. 22. D. de judiciis 5, 1

Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eundem iudicium mitti.

Der Jurist hat eine Person im Auge, der das *jus revocandi domum* zusteht. Dieses Recht soll aber vor der stärkeren Regel zurücktreten, daß Widerklagen des Beklagten (und nur an diese, nicht an Klagen dritter Personen ist gedacht) stets vor denselben Richter zu verweisen sind.

Selbst wenn der eine Prozeß bereits anhängig, ja halb und halb abgemacht ist, soll die Widerklage vor dem einmal befaßten Richter verhandelt werden. Davon berichtet uns *Modestinus*,

1) Nicht ohne Schein ist zwar die Ansicht von *Janus a Costa*, wonach der Präses nun beide Prozesse zu verhandeln hat, dagegen vergl. aber *Planck* S. 73.

wenn wir nur erst durch eine naheliegende Conjectur einen lesbaren Text hergestellt haben.

Modestinus libro 2 differentiarum fr. 23 D. depositi 16, 3.

Actione depositi conventus servo restituto (die Handschriften constituto) cibariorum nomine apud eundem iudicem utililiter experitur.

Die Verhandlung über die Hauptklage ist beendet, der deponirte Slave restituirt, nur die Absolution ist noch nicht erfolgt, dennoch ist die a. depositi contraria noch vor den Richter der prinzipalen Klage zu verweisen.

Eine Consequenz der Regel, daß die Widerklage gemeinsam mit der Hauptklage zu verhandeln sei, war es auch, daß nach einem besondern prätorischen Edikt, jeder Procurator, welcher eine Forderung einlagte, gezwungen wurde, umgekehrt seinen Mandanten wegen Gegenforderungen des Beklagten vollständig zu defendiren. Die Abwesenheit des Klägers konnte dem Schuldner das Recht nicht entziehen, daß die Streitigkeiten zwischen ihm und dem Kläger sämmtlich zugleich ausgetragen würden. Obgleich nicht ausdrücklich gesagt ist, daß die Widerklagen dann stets vor einen Richter verwiesen wurden, so war dies doch gewiß nothwendige Folge¹⁾.

So war es also gewöhnlich, daß ein Richter die Entscheidung der verschiedenen Rechtsstreitigkeiten der Parteien zu übernehmen hatte. Und dadurch erklärt sich, warum die Richter so allgemein auf die Zulassung der Compensation eingingen. Es konnte nicht als eine unbillige Belästigung derselben, nicht als

1) Fr. 33. D. de procur. 3, 8. u. s. g. u. a. a. D.

eine unerhörte Erschwerung ihrer Aufgabe gelten, wenn der Beklagte, statt sich in jure eine Gegenklage zu erbitten, dem Kläger erst in judicio eine Compensationseinrede opponirte und sie dadurch zur Cognition über seinen Gegenanspruch aufforderte.

§. 27.

Compensation beim Urtheil über die Widerklage.

Bei der gleichzeitigen Ueberweisung der verschiedenen Klagen der Parteien an denselben Richter hatte man zunächst gewisse prozessualische Vortheile im Auge. Dieselben Parteien sollten nicht mehrere Richter zugleich belästigen, der Beklagte Manches, was er Ursache hatte, geheim zu halten, nicht verschiedenen Personen entdecken müssen. Kenntniß des Charakters der Streitenden, ihrer socialen und Geschäftsverhältnisse war bei den Römern, die von einer Beweisstheorie nichts wußten, zur Beurtheilung der faktischen Begründung der wechselseitigen Behauptungen von großer, wenn auch nicht ausschließlicher Bedeutung. Wer sie doch einmal zu erwerben hatte, dem mußte die Cognition anderer Rechtshändel der Personen, die vor ihm erschienen, weniger lästig sein. Endlich wurde durch die Verbindung Zeit erspart, eine Reihe von Handlungen, wodurch der Prozeß vorwärts bewegt wird, brauchte nur einmal vorgenommen zu werden; die Parteien konnten ihre Vorträge über sämtliche Klagen in einer Tagfahrt abhalten, der Richter konnte über alle in einer Sentenz entscheiden ¹⁾.

1) Vergl. P l a n d, loc. cit. S. 89.

An der Formelfassung änderte die gemeinsame Verweisung vor einen Richter nichts. Für jedes Recht wurde vielmehr ursprünglich die entsprechende actio gerade so concipirt, wie wenn dieselbe allein zur Verhandlung kommen sollte. Die verschiedenen Klagen wurden dann rein äußerlich auf einer Tafel nebeneinander gestellt und einem Richter zur Beurtheilung übergeben. Von einer solchen, bloß äußeren Verbindung gibt *Quintilian*, inst. or. III. 10. §. 1. Zeugniß.

Privata judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent.

Noch weniger hatte die Verbindung ursprünglich auf die juristische Beurtheilung der verschiedenen Rechtsstreitigkeiten Einfluß; über eine jede fällte der Richter seine besondere Sentenz. Aber auch die Widerklagen konnten nicht in ihrer Abgeschlossenheit verharren, als die Idee der Compensation mehr und mehr zur Geltung kam. Abrechnung fand auch hier Eingang, zunächst in der Endsentenz über *bonae fidei judicia*, dann bei Widerklagen aller Art.

1. Bei der Verbindung von Gegenforderungen aus einem Rechtsgeschäfte fand sich frühzeitig — darauf führte die Natur der Sache — eine Veränderung in der Redaction der einzelnen formulae; Klage und Gegenklage wurden dabei zu einer Formel verwebt. Eine Anspielung darauf liegt in dem oft gebrauchten Ausdruck, daß die Parteien sich aus solchen Geschäften verpflichtet seien, *quod alterum alteri ex aequo et bono praestare oportet* ¹⁾. Bei einigen *bonae fidei jud.* der *Societas*, dem Mandat wurde diese Verbindung so häufig,

1) Vergl. *Savigny System*, Bb. 6, S. 332. *Gaj.* III. §. 137. *Cic. Topica* c. 17 u. A.

daß es als etwas Besonderes hervorgehoben wird, wenn die Klage unter Umständen nur dem einen Theil gegeben wurde¹⁾. Die zusammengesetzte Formel mag dann ungefähr folgender Art concipirt sein:

Quod A. Agerius N. Negidio mandavit, ut domum Sejanam emeret, quidquid ob eam rem, d. q. a. Negidium Agerio Ageriumve Negidio dare facere oportet ex fide bona, iudex Negidium Agerio, Agerium Negidio condemna s. n. p. a.²⁾.

In Folge dessen wurde dann in einem Urtheile über beide Ansprüche gesprochen. Dabei schlich sich leicht der Gebrauch ein, daß der Richter, welcher so über eine verschlungene Formel entschied und etwa fand, daß der eine Theil zehn, der andere zwanzig schulde, bei seinem Spruch sofort Abrechnung vornahm und in der Endsentenz nur auf den Ueberschuß condemnirte, also in unserm Fall nach sachgemäßer Motivirung auf zehn verurtheilte. Zur Kaiserzeit mindestens stand dies fest, darauf weist eine Mittheilung von Seneka, mit der wir uns sogleich näher zu beschäftigen haben; es spricht dafür die Entscheidung Iulians, welcher bei der Erbtheilungsklage, bei der dem Richter eine ähnliche Formel vorlag, Compensation der Gegenansprüche beider Theile ausdrücklich zugelassen hat³⁾.

2. Eine ganz andere Frage ist aber, ob Zusammenfassung und Abrechnung der verschiedenen Posten auch bei Widerklagen

1) Fr. 41, D. de mandati 17, 1. „potest et ab una duntaxat parte mandati iudicium dare.“

2) Vergl. S. 95. Keller, Civilprozeß S. 396.

3) Vergl. S. 95.

aus verschiedenen Rechtsverhältnissen, bei denen die Formeln getrennt blieben, zulässig und gebräuchlich war.

Bedenken wir, wie langsam die Idee der richterlichen Compensation heranreife, wie streng man den Richter an die in der Klagformel angelegte Condemnation gebunden hielt, so werden wir dies wenigstens für die frühere Zeit von vornherein verneinen. Auch hätte es der Kämpfe um Zulassung der Compensation in str. juris jud. mit einer exc. doli nicht bedurft, wenn dem Beklagten in der Widerklage bereits ein ausreichendes Mittel offengestanden hätte, Gegenansprüche aus strengen Forderungen zur Compensation zu bringen. Gleichwohl hat man neuerdings die Zulässigkeit solcher Abrechnung schon für die Zeit des Seneka angenommen ¹⁾, und sich dabei auf die Ausführungen dieses Philosophen in lib. VI. c. 4. u. c. 5. de beneficiis berufen. Allein diese scheinen uns dafür nicht zu sprechen.

Wir finden im Kap. 4—6, de beneficiis, eine philosophische Diskussion von Seneka und Liberalis, bei der beide Theile ihre Argumente aus der Vorrathskammer juristischer Begriffe nehmen. Seneka hat mit großem Redeschwall von Kap. 2 an nachzuweisen versucht, eine empfangene „Wohlthat“ sei etwas Unauslöschliches, höchstens könne das empfangene „Geschenk“ entrisfen werden. Da wirft Liberalis (Kap. 4) ein, man sei doch aus einer empfangenen Wohlthat häufig nicht mehr zu Dank verpflichtet, folglich sei sie dann aufgehoben. Seneka dagegen führt aus, daß nicht immer aufgehoben sei, was keine Wirkungen mehr äußern könne; z. B. eine Forderung, die kompensirt sei, eine Forderung, bei der die actio denegirt

1) P l a n c, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 91.

werde. Im Beginne des Kap. 5 kommt nun *Liberalis* zwar auf seinen Satz zurück, eine Wohlthat ohne Wirkung sei ihm nicht denkbar; auch sei zur Tilgung nicht einmal Wiedererstattung erforderlich, wie die *Acceptilation* beweise. *Seneka* schneidet aber diesen Streit ab; es scheine ihm, *Liberalis* halte die Sonderung der Begriffe nicht für wesentlich; die Unterscheidung zwischen *hereditas* und *res hereditariae* sei ihm wohl gleichgültig ¹⁾ und sein Freund wünsche eher, daß er zur Frage übergehe, ob man eine empfangene Wohlthat vergelten und dann die empfangene Beleidigung rächen solle, *ac velut duobus nominibus separatim respondere*, oder ob man beide zusammenzurechnen habe? *Illud enim in foro video. . . separantur actiones et de eo quod agimus, de eodem nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi.* Sehr deutlich wird hier ausgesprochen, daß regelmäßig Forderungsklagen noch getrennt wurden und die Prozesse ihren eigenen Gang gingen.

Jene Frage beantwortet *Seneka* c. 6. Trennung finde sich allerdings bei den gesetzlichen Klagen, die Wohlthat aber sei an kein Gesetz gebunden, *me arbitro utitur: licet me comparare inter se, quantum profuerit mihi quisque aut quantum nocuerit, tum pronuntiare utrum plus debeatur mihi an debeam . . . non separo nec deduco, sed injurias et beneficia ad eundem judicem mitto.* Er beurtheile die Wohlthat als *Arbiter* und trenne weder die verschiedenen

1) Danach spräche freilich *Seneka* nur im Sinne des *Liberalis* und nicht wie S. 122 unterstellt ist, in seinem eigenen.

Formeln, die dem einen Richter übergeben werden, noch vertheile er sie an verschiedene Richter, vielmehr verbinde er beide vollkommen und compensire. Demnach war Abweisung bei einem Arbitrium, bei dem die mehreren Formeln verbunden sind, zur Zeit des Seneka zulässig; strenge Klagen gingen dagegen ihren besonderen Weg.

An diesem Resultate kann uns denn auch eine Aeußerung im c. 4 nicht irre machen, in der Seneka als Beispiel auführt ¹⁾:

Sic debitori suo creditor saepe damnatur, ubi plus ex alia causa abstulit, quam ex crediti petit: non tantum inter debitorem et creditorem, iudex sedet, qui dicat pecuniam dedidisti: quid ergo! pecus abegisti, servum ejus occidisti, argentum, quod emeris, possides; — aestimatione facta debitor discede qui creditor veneras.

Seneka will an diesem Orte (cap. 4) ²⁾ nachweisen, daß etwas bestehen könne, wenn es auch materiell keine Wirkung habe. Dies finde sich bei der Wohlthat, dies beim Creditum, wenn der Beklagte eine Widerklage erhoben und der Richter in seinem Spruche die Existenz der größeren Gegenforderung anerkannt und deren Summe taxirt habe (aestimatione facta). Der Gläubiger werde dann Schuldner seines bisherigen Debtors. Daß dabei ein richterliches Zusammenfassen, eine Abrechnung der beiden Condemnationssummen vorausgesetzt ist, wird nicht berichtet, noch können wir es annehmen, wenn wir nicht einen Widerspruch mit cap. 5 statuiren wollen. Auch ohne

1) Ueber eine andere Aeußerung in demselben Kapitel siehe S. 183, Anm. 1.

2) S. 271.

richterliche Abrechnung ist der bisherige Gläubiger jetzt ökonomisch, materiell Schuldner geworden und dieser schuldet Jenem gewissermaßen nichts mehr. So verhält es sich denn auch, fährt Seneka fort, bei Wohlthaten und Beleidigungen, sie bleiben bestehen, sind aber in der That wirkungslos.

Wenn uns aber zur Zeit Seneka's Abrechnung der Condemnationssummen von disparaten Widerklagen unzulässig scheint, so wurde sie später doch auch hier statthaft.

Zunächst stellte sich fest, daß der Richter die vor ihn verwiesenen Widerklagen zu gleicher Zeit abzurtheilen habe. Die beiden Parteien, die beide eine *a. judicati* gegeneinander hatten, waren dann von selbst nothwendig auf Compensation angewiesen, da der Magistrat schwerlich eine wechselseitige Exekution zugab ¹⁾. Später bestimmten sogar kaiserliche Konstitutionen, daß im Falle die eine Klage dem Einen früher zugesprochen sei, das Judikat doch nicht vollstreckt werden dürfe, bis über die Gegenklage geurtheilt war. Daraus erklärt sich eine Entscheidung von *Uacer libro II. de appel.*

Fr. 1 §. 4 D. quae sententiae sine appell. 49, 8.

Si apud eundem judicem invicem petamus si et mea et tua petitio sine usuris fuit et judex me priorem condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas, non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones judicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione judicetur, sed magis est, ut appellatio interponatur.

Hat der Richter über die Klage dem Gebrauche zuwider früher geurtheilt, als über die Widerklage, so ist Appellation

1) Vergl. C. 25.

gerade nicht nothwendig, da das Judikat doch nach kaiserlichen Konstitutionen bis zum Urtheile über die Widerklage nicht vollstreckt werden kann ¹⁾. Nichtsdestoweniger hält sie *Macer*, da doch einmal das Gewohnheitsrecht, wonach beide Urtheile zu gleicher Zeit zu sprechen waren, verletzt schien, für zulässig.

So war der Compensation der Weg gebahnt, und es scheint dann zur Zeit der *Severe* wirklich Grundsatz geworden zu sein, daß auch der Richter, welcher über disparate Widerklagen ernannt war, die wechselseitigen Judikatssummen zusammenzufassen und sofort von einander abzuziehen habe. Aller Wahrscheinlichkeit nach war es *Papinian*, der durch seine Autorität zuerst diesen Satz deckte.

c. 14 C. de sententiis et interlocutionibus 7, 45.
Justinianus A. Demostheni J. P.

Quum *Papinianus* summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit, non solum judicem de absolute rei judicare sed et ipsum actorem, si ex contrario fuerit obnoxius condemnare, hujusmodi sententiam non solum roborandam sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam . . . nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.

Bekanntlich bestehen über den Sinn dieses Rescripts von *Justinian* die widersprechendsten Ansichten ²⁾. Uns scheint

1) Ueber andere Interpretationen siehe *Plant* S. 92.

2) Vergl. *Sartorius*, *Widerklage* S. 43. *Plant*, S. 84.

ebenfalls daraus hervorzugehen, daß Papinian entschied, Compensation solle nicht bloß nach Vorschüzung einer Einrede Anwendung finden, sondern auch bei Widerklagen zulässig sein. Und zwar bestimmt er dies nicht bloß, wie man meist annimmt, für *bonae fidei judicia*; hier galt dies zweifelsohne schon lange Zeit vorher, sondern gerade für Widerklagen aller Art. In den Worten Papinian's liegt wenigstens kein Anhalt, welcher eine Beschränkung seines Ausspruches auf Klagen aus demselben Geschäfte rechtfertigt. Justinian hat Papinian's Satz erweitert, indem er bestimmt, daß die Anstellung der Widerklage auch dann zulässig sein solle, wenn der vom Kläger angegangene *judex* nicht auch über Klagen gegen ihn kompetent sei. Das Motiv dieser Erweiterung „in eodem negotio non dedignetur“ ist dann freilich zu eng; aber daraus allein kann nicht geschlossen werden, daß sich der Ausspruch von Papinian, die Erweiterung von Justinian, bloß auf *connere Forderungen* bezöge ¹⁾.

In der That wird uns denn auch ausdrücklich in einem Rescripte Alexander's Severus bezeugt, daß auch bei Widerklagen aus verschiedenen Rechtsverhältnissen, Abrechnung der Condemnationssummen, Compensation durch die Endsentenz zulässig war.

Imperator Alexander A. Polydeuci. c. 4 C. rer. amot. 5, 24. ²⁾.

Compensationis aequitatem jure postulas; non enim prius exolvi quod debere te constiterit. aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit, eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a mulieri divortii causa amota

1) a. A. auch Savigny, System Bd. 6 S. 339. Plant S. 84.

2) Cfr. c. 6 C. de compens.

quereris. Cum igitur apud competentem judicem ex stipulatu conveniaris, apud eundem doce tui juris res ablatas esse. Dat. Kal. Dec. Alexander A. III. et Dione cons. 229.

Die a. ex stipulatu, die a. rerum amotarum werden als Widerklagen vor einen Richter verwiesen, beide werden gleichzeitig beurtheilt und bei der Sentenz soll Compensation Anwendung finden.

Indem wir hiermit die Geschichte der äußeren Entwicklung der Compensation schließen, können wir uns nicht enthalten, auf die frappante Ähnlichkeit aufmerksam zu machen, welche dieselbe mit der Entwicklungsgeschichte der Compensation (des set-off) in England hat. Dort war im Mittelalter, wie in den andern Ländern germanischen Rechts Berufung auf eine Compensation unzulässig. Während man sich aber auf dem Continent und auch in Schottland ¹⁾ beim Erwachen des Bedürfnisses unter die Fittiche des römischen Rechts begab, blieb in England das alte Recht bestehen.

Positive law, sagt Lord Mansfield, for the sake of the forms proceeding and trials, has said, that each must sue and recover *separately in separate action* ²⁾.

1) Durch eine Parlamentsakte von 1592. — In den französischen Ländern des Gewohnheitsrechts war es früher Grundsatz: compensation n'a pas lieu en cour laye. cout. de Lorraine tit. 21 art. 10. une dette n'empêche pas l'autre. Loysel lib. 5 tit. 2 reg. 3. Später gestattete man Compensation nach Erlangung von lettres royaux, die freilich bald zur Form wurden; vollständigen Sieg des Compensationsrechts vermittelte erst der Code. Toullier tome VII. u. A.

2) Cfr. Story, commentaries on equity jurisprudence vol. II. S. 657.

Dagegen stellte sich nach und nach fest, wann, ist nicht ausgemittelt ¹⁾, daß man auch auf außerordentlichem Wege durch die court of equity Compensation erlangen konnte, wenn die besonderen Umstände ihre Zulassung rechtfertigten, wenn sie nach richterlichem Ermessen gerade billig schien ²⁾. Von da drang sie in die Gerichtshöfe (courts of law) bei den englischen bonae fidei judicia (the action of assumpsit) ein, aber freilich sollte sie hier nur dann zugelassen werden, wenn der Beklagte zeigen konnte, daß ihm eine besondere Billigkeit zur Seite stehe ³⁾. Die Compensation stellte sich zuerst beim Konkurs durch ein Statut der Königin Anna 1705 fest (4 Ann. c. 4, 12 the stat. of the realm VIII. S. 463); sie soll danach hier immer zulässig sein, wenn mutual credit gegeben ist, ohne daß die Betagtheit der Forderung, die Ungleichartigkeit der Leistung ein Hinderniß ist. Bald drängte das Bedürfniß weiter und wenige Jahrzehnte später wurde die Compensation von mutual debts durch Statuten von Georg II. in den Gerichtshöfen allgemein zulässig. 2 Geor. 2 c. 22 § 13. 8 Geo. 2 c. 24 §. 4 (notwithstanding that such debts are deemed in law to be of a different nature).

1) Spence, on the equitable jurisdiction vol. I. S. 651.

2) Story loc. cit. S. 659.

3) Spence loc. cit. p. 249. Of late years said Mr Justice Buller, this court had very properly extended the action „for money had and received“ but it must be remembered, that it was extended on the principle of its being considered like a bill in equity, the party must show that he has equity and conscience on his side and that he could recover in a court of equity.

Zweites Buch.

Gestaltung des Dogma's.

Erstes Kapitel.

Bedeutung des Axioms, daß ipso jure compensirt werde.

§. 28.

Verschiedene Auffassungen dieses Axioms.

Wir haben bis jetzt gesehen, wie sich die Compensation in den verschiedensten Rechtsverhältnissen und unter den mannigfachsten Formen Eingang zu verschaffen wußte und nach und nach in alle Theile des Rechtssystems einbrang. Aber die Römer haben uns mehr als die nackte Idee der Gegenrechnung überliefert. Während sie äußerlich in immer weiteren Kreisen allgemeine Anerkennung fand, entwickelten sich auch innerlich mehr und mehr Grundsätze, welche ihre Anwendung regelten und bestimmten. Die Darstellung und Entwicklung dieser Regeln bildet den Vorwurf dieser zweiten Abtheilung unseres Werkes.

Vor allem suchte die Jurisprudenz das Gemeinsame aus den verschiedenen Arten der Compensation herauszufinden, die logischen und praktischen Consequenzen daraus zu ziehen und so

eine allgemeine Theorie zu bilden. Unter dem allgemeinen Titel *de compensationibus* ¹⁾, der in die Justinianische Compilation übergegangen ist, aber gewiß keine Erfindung der Compileren war, wurde das so Gewonnene zusammengestellt. Bis Neratius und Pomponius läßt sich diese Entwicklung verfolgen; sie haben schon Regeln der Compensation für Klagen aller Art (*ex omni contractu*) aufzustellen versucht ²⁾.

Dabei wird häufig und mit vielem Nachdrucke das Axiom hervorgehoben, daß entgegenstehende Forderungen *ipso jure* compensirt würden, daß die Compensation *ipso jure* geschehe. Es scheint fast, daß man in diesem Satze die Grundlage der gesammten Compensationslehre gesehen habe. Von Pomponius und Neratius finden wir ihn zuerst ausgesprochen, von Paulus und Ulpian, dem Kaiser Sever als feststehendes Prinzip herausgehoben und noch in späterer Zeit von Justinian als allgemeines Gesetz verkündet ³⁾.

Auch hier haben die Alten es nicht für nöthig gehalten, sich über den Sinn, der durch jene Phrase ausgesprochen werden sollte, weiter zu verbreiten. Sie war ihnen eine allgemein gangbare Scheidemünze, deren Werth Jeder kannte; uns aber, die wir uns erst in das fremde Recht hineindenken mußten, ist jenes Axiom zu einem Stein des Anstoßes geworden, der noch nicht weggeräumt ist.

1) Tit. ad. Dig. und ad. Cod. Schon ältere Schriftsteller haben diesen Umstand bemerkt und Consequenzen daraus gezogen. Vergl. Tyndarus de compens. art. VI. 65. Prinz nimmt S. 128 an, Justinian habe die „Retention“ mit inbegreifen wollen.

2) Fr. 4 D. de compensationibus.

3) Ausgesprochen in fr. 4, fr. 10 pr. fr. 21 D. de compensat. c. 4. c. ult. C. eodem. §. 30 J. de act. 4, 6.

An Versuchen, festen Boden zu gewinnen, hat es die moderne Jurisprudenz freilich nicht fehlen lassen. Schon die Glossatoren haben Hand angelegt und nach einer Erklärung gesucht, soviel Hindernisse ihnen dabei die Unkenntniß der römischen Rechtsgeschichte und des römischen Prozesses in den Weg legen mußte, unter ihren Nachfolgern drängte sich System auf System. Und noch in der neuesten Zeit ist man eifrig bemüht, neue Erklärungen zu finden, oder die alten hervorzu ziehen und frisch aufzupuzen. Allen verschiedenen Auffassungen und mannigfachen Irrgängen können wir hier nicht folgen; aber nothwendig ist, die wesentlichsten Ansichten kurz zu skizziren und zu prüfen. Selbst wenn wir dabei nur zu einem negativen Resultate kämen, so wäre schon das als ein Gewinn zu betrachten.

1. Die verschiedenen Ansichten über die Bedeutung des Sazes, daß ipso jure compensirt werde, lassen sich auf zwei Hauptgruppen zurückführen, die freilich dann wieder in der mannigfachsten Weise auseinandergehen, auf die materielle und die bloß formelle Erklärung. Die Anhänger der s. g. materiellen Bedeutung finden in jenem Satze ausgesprochen, daß sich die Gegenforderungen ohne Berufung eines der beiden Partheien unmittelbar in Gefolge des Rechts selbst im Augenblicke ihrer Coexistenz aufheben; sie erklären ipso jure durch die Phrase sine facto hominis. Wie in §. 3 J. de hered. quae ab intestato defer. 3, 4 von den sui heredes gesagt werde, daß sie ipso jure ohne Wissen und Willen Erben würden, so hebe das Zusammentreffen von Gegenforderungen beide ohne weiteres auf. Die Anhänger der bloß formellen Bedeutung behaupten dagegen, ipso jure stehe hier, wie oft, nur im Gegensatze zu einer Aufhebung ope exceptionis und heiße

also, die Compensation sei ohne Vorschüzung einer exceptio zulässig, die Nothwendigkeit einer Berufung auf dieselbe sei damit weder bejaht noch verneint.

2. Die s. g. materielle Bedeutung verdankt ihre Formulirung den Glossatoren. Sie nahmen alle ohne Ausnahme an, daß der Satz, die Compensation geschehe ipso jure, heiße, die Aufhebung der wechseltigen Forderungen erfolge sine facto hominis. Ob dies aber unbedingt durchzuführen sei, darüber bestanden große Meinungsverschiedenheiten.

Einige ¹⁾ hielten absolut an dem Satze fest, daß jede menschliche Thätigkeit zur Aufhebung der Gegenforderungen unnöthig sei; wie die Confusio ohne weiteres eintritt, wenn Debitor und Creditor zu einer Person werden, so erfolge Aufhebung der Forderungen, wenn der Schuldner Gläubiger seines Gläubigers würde. Namentlich wird uns von der accurssischen Glosse und den Späteren, Martinus als Vertheidiger dieser Ansicht genannt. Andere erkannten, daß jener Satz mit einer Reihe von Stellen im Widerspruche stehe, welche die Compensation gerade umgekehrt in die Thätigkeit eines Menschen setzen; sie verwarfen daher jene schroffe Auffassung und suchten den Satz, daß die Compensation ipso jure eintrete, mit diesen Aeußerungen zu vereinigen. An ihrer Spitze steht Johannes Baptistanus; sein Schüler Azo läßt sich in der Summa zum Coder ungefähr also vernehmen: „Es haben einige behauptet, daß jus selbst kompensire, ich aber glaube, die Compensation geschehe erst dann ipso jure (ohne menschliches Zut thun), wenn sie von den Partheien opponirt ist. Eine Aus-

1) Cfr. Hngolini, dissens. dominorum §. 240 ed Haenel S. 423 „quidam.“

nahme findet sich freilich bei Delikten, — denn diese werden ipso jure kompensirt; auch in Bezug auf Verzugszinsen wirkt sie ipso jure. — Viele Stellen stimmen für diese Ansicht. Denn in der l. Labeo (fr. 13 D. h. t.) wird dem Schuldner die Wahl gelassen, ob er kompensiren will; auch dem Bürgen wird die Compensation freigestellt, si quid a fidej. (fr. 5 D. h. t.); sie kann daher offenbar nicht unbedingt ohne menschliches Zuthun (ipso jure) eintreten; u. s. f.“

Der Meinung des Azo folgten die Uebrigen; sie ist in die Glossen des Accursius¹⁾ übergegangen; sie blieb auch noch später die Grundlage in einer Reihe von mannigfach gefärbten Systemen; aber befriedigt hat man sich dadurch nicht gefühlt.

So hat Richard Malumbra († 1334)²⁾ in Folge der l. ambo (fr. 10 D. h. t.) angenommen, daß wenigstens im Fall aus einem Rechtsgeschäfte zweiseitige direkte Klagen entstanden, beide sich ohne Zuthun ipso jure deckten; daß aber in anderen Fällen eine Berufung nothwendig sei. Er fand darin Nachfolger, Baldus aber verwarf diese Ansicht³⁾.

Noch etwas früher hatte der Professor Nikolaus Matarellus⁴⁾ gar drei verschiedene Arten von Compensationen angenommen. Bald sollte sie, namentlich bei Dolus und Culpa,

1) Vergl. gl. ipso jure l. constat. 4 C. h. t. u. a. a. D. — So verschollen war eine Zeitlang die absolute Auffassung, daß man die Existenz entgegenstehender Ansicht leugnete und sich nachsprach, man habe den Martinus nur falsch verstanden, er habe nichts anderes verteidigen wollen, als Azo; so Petrus de Bellapert. (Tynd. art. VI. 49). Barth de Saliceto ad. l. si constat. u. A.

2) Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bb. 6, S. 44.

3) Vergl. Tyndarus, de compensat. art. 6 n. 57. Baldus l. constat.

4) Savigny, Gesch. des röm. Rechts Bb. 6 S. 432.

zur Siftung von Zinsen durch das Recht selbst ohne menschliche Thätigkeit geschehen, bald sollte sie, wie bei der *a. familiae erciscundae* — in Befolge des *officium iudicis* zulässig sein, in anderen Fällen sollte es aber des Vorschützens einer Exception durch eine Parthei bedürfen. Sein System fand vielen Beifall; Baldus suchte es hervor und Bartholomäus v. Saliceto unterstützte es durch neue Argumente ¹⁾. Solche Häufung von Distinktionen und Besonderheiten war so recht dem Charakter eines Zeitalters gemäß, welches den Blick über das Ganze verlor, während es sich im Einzelnen vertiefte.

3. Noch vor Beginn einer neuen Zeit nahm aber Thynbarus ²⁾, indem er die Kartenhäuser eines Malumbra und Nikolaus Matarella zusammenwarf, mit ganzer Energie den Satz des Martinus wieder auf, daß die Compensation absolut ohne menschliche Thätigkeit eintrete. Cujacius ³⁾ adoptirte diese Ansicht; schien sie doch durch die neu aufgefundenen Bruchstücke der *receptae sententiae* besondere Unterstützung zu erhalten. Seitdem wurde das Dogma von Martinus in der romanistischen Wissenschaft, in Compendien, in Dissertationen, wie in der Praxis herrschend ⁴⁾. Zwar hat

1) Baldus ad l. si constat. Bartholomaeus a Saliceto ad l. si constat. Aber freilich hat Baldus in der l. verum est fr. 4 D. h. t. einen andern Gedanken, et hoc videtur velle ista lex et aliae leges, quae dicunt compensationem fieri ipso jure, quasi velint dicere, quod *iudicis* ministerium non requiritur.

2) Nach Savigny, röm. Recht im Mittelalter Bd. 6. Anh. I. um die Mitte des 15. Jahrh. ein Nachkomme des Bartolus.

3) Vergl. Cujac. ad rec. sent. II. 5, 3. zuerst Paris 1558. observat. VIII. c. 16. — rec. solemn. in Cod. h. t. (ed. Mut. VII. S. 303.)

4) In Deutschland hatte besonders Wesenbéd's Vertheidigung der Ansicht von Martinus Einfluß, z. B. in den paratitla ad Pandectas

es in keinem Jahrhunderte an Schriftstellern gefehlt, welche die Meinung des Azo vertraten; ihm hing Anton Faber an ¹⁾, Mevius ²⁾ folgte ihm, auch Kreittmayer, später Thibaut ³⁾ vertheidigten sie. Aber ihre Stimme verlor sich in der Menge. In Frankreich entschied den Streit völlig Pothier, der, gestützt auf die Argumente von Lyncdarus, ausführlich begründete: ipso jure bedeute, die Compensation trete bloß durch das Gesetz ein, ohne daß sie vom Richter ausgesprochen oder von einer der Partheten öpponirt sei ⁴⁾. Glück dagegen hat beide Auffassungen, gleich als widersprächen sie sich nicht, als unzweifelhaft vorgetragen ⁵⁾.

Kein Wunder, daß die Theorie des Martinus in die modernen Gesetzgebungen übergegangen ist und so in den wichtigsten Theilen unseres Continents Recht wurde.

Das preuß. Landrecht bestimmt Th. 1 Titel 16 §. 301: „Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen gehalten.“ Wenn

(vor 1572) ad D. h. t.; ihm folgen alle akad. Dissert., die uns vorliegen, Voemann (1635) n. 64, Schröder (1644), dann die des 18ten Jahrh., Carrach, Kramer, Walch u. s. f.

1) Anton Faber (um 1600) z. B. in Cod. Sab. lib. 4. tit. 23. def. 4.

2) Mevius dec. p. 4 D. 127. n. 4 u. a. a. D. fit quidem ipso jure compensatio, at non aliter effectum habet, quam voluntate compensandi declarata. — p. 8 dec. 157 sic. communis et in praxi recepta interpretatio.

3) Kreittmayer, bair. L. R. Th. 4 Kap. 15. §. 1. — Thibaut (2te Auflage 1803) §. 1182. Das Erlöschen tritt ipso jure ein, jedoch nur insofern ein Theil sich darauf berufen will und kann.

4) Pothier, traité des obligations p. III. ch. IV. §. 602; ebenso auch Domat.

5) Glück, Commentar 15. Band, S. 102 u. S. 110. Erlangen 1813.

es vorher die Compensation als eine Anrechnung dessen definiert, was einer dem Andern schuldig ist, so versteht es darunter eben eine Anrechnung durch das Gesetz. Die Interpreten des L. R. nehmen freilich nichtsdestoweniger an, daß noch vorausgesetzt werde, der Schuldner mache von seinem Compensationsrechte Gebrauch und dies fordert denn auch die unter dem Einflusse moderner Theorie erlassene Entscheidung des k. Obertribunals. Dem materiellen Rechte entspricht diese Auffassung; den Landrechtsverfassern hat sie aber gewiß nicht vorgeschwebt ¹⁾.

Dagegen schneidet der code civil art. 1290 allen Zweifel ab:

La compensation s'opère par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant, où elles se trouvent exister à la fois . . .

Und so auch das österreichische Gesetzbuch §. 1483: Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, . . . so entsteht . . . eine gleichartige, gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon an und für sich gegenseitige Zahlung bewirkt.

Es ist nicht daran zu denken, daß eines dieser Gesetzbücher in unserer Materie etwas Neues einführen wollte, man suchte

1) Die Gesetzrevisoren sagen (nach Koch, Recht d. Ford. Bb. 2. S. 635) zum Entw. d. Titels S. 132: „Die Compensation ist ein Erlöschen gegenseitiger Verbindlichkeiten, welche durch den Umstand, daß von zwei Personen Jede der anderen gleichmäßig verpflichtet ist, von selbst herbeigeführt wird.“ Die Abrechnung, von der das Gesetz spricht, ist also ein Umstand, keine willkürliche Handlung. Dagegen findet Koch, Recht d. Ford. Bb. 2 S. 635 in der Willenserklärung des Schuldners, durch welche die Aufrechnung geschieht, die Compensation; derselben Ansicht ist Bornemann, Darstellung des preuß. Civilrechts 3ter Bb. S. 379; vergl. auch Entsch. des preuß. Obertrib. vom 2. Aug. 1845; Seligo 12ter Bb. S. 241.

nur das römische Recht zu formuliren, und wir sehen daraus, wie allgemein man zu Ende des vorigen, zu Anfang dieses Jahrhunderts die Ansicht des Martinus für richtig hielt.

4. Dagegen ist die neuere deutsche Wissenschaft, namentlich seit Haffe's Ausführungen fast durchgängig zu der Ansicht von Ago zurückgekehrt. Man nimmt ziemlich allgemein an, was Buchta ¹⁾ in den Pandekten lehrt, daß die Existenz einer Forderung dadurch nicht afficirt werde, daß der Gläubiger hinwiederum Schuldner seines Schuldners werde; daß der Gläubiger, der dasselbe schulde, allerdings als befriedigt anzusehen sei, aber daß dies erst durch einen besonderen Akt in Wirksamkeit gesetzt werden müsse, sei es durch Uebereinkunft oder durch einseitige Geltendmachung gegen die Klage des Gläubigers durch den Schuldner, *ope exceptionis*; daß aber dann die Forderung als von selbst um den Betrag der Gegenforderung von der Entstehung dieser an gemindert, gleich als ob jener Akt schon damals eingetreten wäre und überhaupt so betrachtet werden solle, als sei sie *ipso jure* getilgt. Ähnliche Auffassungen vertheidigen unsere anderen bedeutenderen Rechtslehrer ²⁾ strenggenommen jedoch nur für die einseitigen Geschäfte, da man bei zweiseitigen Geschäften, *bonae fidei jud.*, meist von vornherein nur eine Forderung auf den Ueberschuß, auf das Resultat einer Abrechnung für rechtlich begründet hält ³⁾.

Daher lautet denn nun auch der neue sächs. Entwurf §. 1002: „Treffen Forderungen zusammen . . ., so tritt, wenn der eine

1) Pand. §. 290; vergl. Vorles. *ibid.*

2) Haffe, Archiv Bb. 7 S. 156 fgnbe. Krug S. 15. Sintenis, Ztschr. f. C. u. Pr. Bb. 18. S. 3. Pangerow, Zeitschr. Bb. II. S. 352. Unterholzner, Recht der Schulverb. Bb. I. S. 256, u. A.

3) Vergl. S. 67 u. fgnbe.

oder andere Theil sich darauf beruft, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten von der Zeit des Zusammentreffens an ein.“ Der Art. 318 des Großh. Hess. Entwurfs 4te Abth. Buch 1 Tit. 4: „Die gegenseitigen Forderungen werden mit dem Augenblicke, wo sie sich wettschlagungsfähig gegenüber standen, insoweit getilgt, als sie sich einander ausgleichen. Diese Wirkung tritt jedoch nur unter der Voraussetzung ein, daß der Schuldner die Wettschlagung beantragt.

5. Inmitten dieses Kampfes der beiden Meinungen steht einsam die Ansicht des Donellus, wonach ipso jure bloß die Entbehrlichkeit einer exceptio bedeuten soll. An sie hat sich denn ganz neuerdings, freilich in eigenthümlicher Weise, die Auffassung von Brinz gereiht, der die Ansicht von Martinius wie von Azo gleich entschieden verworfen hat.

Das Bild, das sich hier vor uns aufthut, ist wenig erfreulich; über den Bordersatz unserer Lehre, ihr Fundament, herrscht seit Jahrhunderten Streit, Unsicherheit, Schwanken, bald taucht die eine Ansicht auf, bald wieder die andere, um bald aufs neue verdrängt zu werden. Was man noch vor wenig Jahrzehnten in die Gesetzbücher schrieb, im Glauben treulich dem römischen Rechte zu folgen, gilt heute als völlig unberechtigte und verkehrte Auffassung und kaum hat die Wissenschaft an dessen Stelle wieder eine ältere Ansicht zu setzen gesucht, so erheben sich sofort laute Stimmen, welche diese zu stürzen suchen. Versuchen wir die Prüfung der einzelnen Ansichten; vielleicht hellt sich hier der Blick auf.

§. 29.

**I. Materielle Bedeutung. Tilgung durch Coexistenz
der Gegenforderungen.**

Zahlung, Confusion¹⁾, Acceptilation tilgen eine Schuld ipso jure an und für sich, ohne daß es der ferneren Thätigkeit, einer späteren Anrufung der Partheien oder der Vorschüzung einer exceptio bedarf. Wenn uns nun an so vielen Orten gesagt wird, die Compensation trete ipso jure ein, was scheint natürlicher, als daß auch sie in ähnlicher Weise wirke? — So hat die Ansicht — der es an vielen tüchtigen Vertheidigern auch nicht fehlt — auf den ersten Blick etwas überaus Gewinnendes, daß mit jenem Axiom die Sätze ausgesprochen werden: die Compensation trete sofort mit dem Augenblicke des Entstehens der kompensablen Gegenforderung ohne jede Berufung der Partheien ein, wie die Confusion mit dem Augenblicke des Zusammenfallens des Vermögens von Gläubiger und Schuldner, daß es einer exceptio nicht bedürfe, daß das Vorbringen der Gegenforderung bei Gericht nur deshalb nothwendig sei, weil der Richter deren Existenz so wenig ahnen könne, wie die einer Zahlung. Diese Konsequenzen herrschen immer noch gesetzlich in dem größten Theile Europas, ja gelten immer noch als die wahre Theorie des römischen Rechts, wenn sie auch die deutsche Wissenschaft in den letzten drei Jahrzehnten verworfen hat. Aber soviel Plausibles jene Erklärung von ipso jure hat, so ist doch gewiß mit ihr der Gedanke des römischen Rechts nicht getroffen; denn das Resultat, das wir dadurch gewinnen, ist

1) Ueber confusio vergl. *Modestin in fr. 75 D. de solut, 46, 8: si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit jure aditionis actionem. fr. 95 §. 2 D. eod.*

soweit mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts, als mit denen der Compensationslehre vereinbar.

I. Es gibt eine Reihe von Aufhebungsgründen, welche aus dem Begriffe der Obligation folgen: Wegfallen der Subjekte, der Objekte, des Willens, des Interesses, dann wirkliche Erfüllung der versprochenen Leistung; solche Umstände tilgen die Obligation ganz eigentlich ipso jure. Der Umstand, daß eine Gegenforderung des Schuldners existirt, berührt aber an und für sich die Forderung in keiner Weise, macht begrifflich deren Untergang gewiß nicht nöthig ¹⁾. Zwar hat Treilhard bei der Berathung über den code ausgesprochen ²⁾: la compensation est fondée sur le principe, que la même personne ne peut cumuler les qualités contraires de créancier et de débiteur. Ein Grund für eine solche Unmöglichkeit läßt sich aber nicht erfinden; es läßt sich nicht einsehen, warum die beiden Forderungen nicht nebeneinander existiren können, nebeneinander Rechtswirkungen äußern dürfen, warum die eine nicht bestehen bleiben könne, während die andere durch Zahlung getilgt wird.

Es kann also nur eine billige Rücksicht auf die eine Partei sein, durch welche die Gegenforderung Einfluß gewinnt. Diese wird uns aber nur bewegen können, eine Abrechnung zu gestatten, wenn sie es in ihrem Interesse hält. Dagegen kann sie niemals die Folge haben, daß wir die Forderungen ohne und gegen ihren Willen als aufgehoben betrachten ³⁾.

1) Vergl. Seite 21.

2) Fenet. travaux prép. tome XIII. S. 89.

3) Diese Consequenz nehmen die französischen Theoretiker an: „Sobire, encyclopaedie de droit: mot compensation „les juges peuvent et doivent admettre la compensation, quand bien même les parties prétendraient l'une et l'autre, qu'il n'y a pas lieu à l'admettre.“

Wenn man sogar das Interesse des Staats herbeigezogen hat, der dafür zu sorgen habe, die Prozesse zu mindern, so kann dies eine Verkümmernng der Dispositionsfähigkeit und eine Bevorsundung der Parteien gewiß nicht rechtfertigen ¹⁾. Und es bleibt eine hohle Phrase, wenn der Tribun Jaubert von jener Auffassung sagt: rien de plus juste, de plus équitable de plus conforme a l'interêt commun des parties ²⁾.

II. Vergewenwärtigen wir uns nun noch die Entwicklung der Compensation im römischen Rechte, so muß es uns vollends undenkbar erscheinen, daß man jemals hier angenommen habe, die beiden Forderungen hoben sich durch ihre bloße Coexistenz, ohne menschliches Zuthun auf. Die Compensation ist ja nicht durch Willkühr eines Gesetzgebers eingeführt worden, sondern hat sich auf das natürlichste in Folge eines langsamen historischen Processes entwickelt. Und diese Entwicklung beruht gerade auf der Idee, daß Gegenforderungen zunächst keinen Einfluß auf einander haben. Die Härte dieses Grundsatzes des Civilrechts zu mildern, construirte man die Wechslerklage, gestattete man die deductio gegen den honorum emtor, ist man nach und nach weiter geschritten und hat dem Richter die Befugniß zugestanden, in bonae fidei judiciis zu kompensiren. Dann erst hat man allmählig auch in strictis judiciis Compensation zugelassen, freilich nur dann, wenn der Formel eine exceptio doli zugefügt war, wodurch der Urtheilende ermächtigt wurde, Einreden aller Art anzuhören. Dies war der Zustand zur Zeit Marc Aurels, wie uns ausdrücklich bezeugt

1) Diese civilis ratio spricht u. A. Wesenbeck aus, Paratitla ad Dig. und die Doktorbissertanten haben nicht unterlassen, das treulich zu wiederholen.

2) Fenet. travaux préparatoires tome XIII. S. 362.

wird, und daß sich dies zur Zeit von Paulus und Ulpian nicht geändert hatte, dafür hat es uns nicht an Andeutungen gefehlt ¹⁾).

Damit ist die Auffassung unvereinbar, daß dieselben Juristen beide Ansprüche vom Augenblicke der Coexistenz der Gegenforderungen an ohne jedes menschliche Zutun für getilgt gehalten hätten, und daß man angenommen habe, das dare oportere selbst höre sofort von jenem Augenblicke an auf. Niemand, der die Entwicklung des Rechts bei den Römern kennt, wird es für möglich halten, daß man den Weg, auf dem man Jahrhunderte lang fortgeschritten war, plötzlich verließ und ohne weiteres zu einem anderen Gesichtspunkte übersprang.

III. Kein Wunder, daß dann die Quellenzeugnisse in der Justinianischen Compilation die Compensation durchaus von dem Willen der Parteien und der Thätigkeit des Richters abhängig machen. Es gibt wenig Thatsachen, welche sich so entschieden beweisen lassen, als diese. Es wird nicht nur bezeugt, daß der Schuldner die Fakta poniren, die Existenz einer Gegenforderung nachweisen muß; dagegen könnte man einwenden, daß es auch bei anderen Erlösungsgründen, z. B. Zahlung, nöthig sei, den Richter in Kenntniß zu setzen und ihm so die Berücksichtigung möglich zu machen; es wird verlangt, daß das Recht der Compensation selbst in Anspruch genommen werde und dieses Recht wird ausdrücklich in den Willen der Parteien gestellt ²⁾).

1) S. 187 u. folgende.

2) Vangerow, Leif. Vb. VII. S. 352.

Julianus fr. 2 D. h. t. unusquisque creditorem suum summovet, si paratus est compensare. Gajus fr. 5. D. eod. si fidejussor *velit* compensare audiendus est. — Papinianus fr. 16 D. eod. cum heres *vult* compensare. fr. 26 D. de probat. 22, 3. cum coheredibus compensare *vellet*. Paulus fr. 9 D. eod. an filius compensare *possit* quaeritur. fr. 20 §. 2 D. statuliberis 40, 7. si compensare *velit*. Ulpianus fr. 10 §. 1 D. de comp. si quis compensare *potens* non compensaverit. fr. 1. D. de contr. a. tut. 27, 4. erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere *velit* sumtus.

Wären beide Forderungen bereits durch Compensation aufgehoben, so könnte keinesfalls davon die Rede sein, daß die Parteien kompensiren wollten, sondern höchstens, daß sie die Anerkennung der geschehenen Compensation verlangten.

Und daß auch die richterliche Thätigkeit mitwirken mußte, darauf deuten Ausdrücke, wie *compensatio datur, denegatur, admittitur*. fr. 8, fr. 19, fr. 22 D. h. t. ganz unzweideutig ¹⁾).

Gewiß hat Paulus, welcher in fr. 9 D. h. t. die Compensation ganz unbefangen an die Thätigkeit des filiusfamilias knüpft, in fr. 21 D. h. t. nicht bestimmt, die Compensation trete ohne alles menschliche Zuthun ein; Ulpian, der in fr. 10 §. 1 D. h. t. die Compensation in die Hand eines Menschen legt, im pr. nicht aussprechen wollen, daß sich beide Forderungen ohne menschliche Thätigkeit im Augenblicke ihrer Coexistenz tilgten.

1) Brinz, Compensation S. 2. Blätter für Rechtsanw. 15ter Bb. S. 84.

IV. Endlich würde der Grundsatz, daß die beiden Gegenforderungen sich ohne menschliches Zutun völlig aufheben, in Widerspruch mit einer Reihe von Rechtsätzen treten, die in den Quellen ausdrückliche Anerkennung finden, und die sich nur von dem Principe aus rechtfertigen lassen, daß die Compensation in der Willkür der Parteien liege. Wir würden also, falls wir ihn adoptirten, auf jede einheitliche Entwicklung unserer Lehre verzichten und gestehen müssen, daß das römische Recht uns gerade hier ein Conglomerat unzusammenhängender Rechtsregeln gegeben hätte. Wer dies weder für wahrscheinlich, noch für möglich hält, wird jenen Satz fallen lassen müssen.

Es ist ausgemacht, daß man noch nach der Coexistenz beider Forderungen auf die eine verzichten kann und daß dann die andere bestehen bleibt ¹⁾. Dies wäre nicht denkbar, wenn beide mit dem Moment ihres Zusammentreffens aufgehoben wären.

Es steht fest, daß der Schuldner, statt die Compensation vorzuschützen, seine Schuld zahlen und doch seine Gegenforderung im Wege selbstständiger Klage verfolgen kann, daß ihm seine Forderung selbst dann bleibt (*salva manet petitio*), wenn der Richter auf die Compensation keine Rücksicht genommen hat ²⁾. Dies wäre unmöglich, wenn man das Prinzip durchgeführt hätte, daß sich beide Forderungen im Augenblicke der Coexistenz getilgt hätten. *Tyndarus*, und nach ihm *Pothier*, haben zwar angenommen, daß das Gesetz in solchem

1) Fr. 26 D. de probat.

2) Fr. 7 §. 1 D. de compens. vergl. *Prinz*, *Comp.* S. 3. *Blätter für Rechtsanw.* Bd. 15 S. 83.

Fälle die frühere Klage wieder restituire ¹⁾. Aber diese Restitution hat offenbar nicht den geringsten Boden in den Quellen und ist eben nur die äußerliche dürftige Auskunft eines verschobenen und innerlich unzulänglichen Dogmas. Pothier meint dann noch weiter, diese Restitution trete auch gegen Dritte, Hypothekarien ein, wenn der Schuldner die Existenz seiner Gegenforderung nicht kannte, andernfalls werde sie ihm gegen Dritte versagt. Diese nicht nur inkonsequente, sondern selbst ungerechte Distinktion ist in das französische Gesetz übergegangen ²⁾.

Wäre durch bloße Existenz einer Gegenforderung die Obligation völlig wie durch Zahlung getilgt, so müßte eine Correalobligation ganz erlöschen, sobald einem der Correal Schuldner eine Gegenforderung erwächst; es wird uns aber in den Quellen des römischen Rechts gerade umgekehrt bezeugt, daß sie fortbesteht ³⁾. Auch diese Bestimmung ist in die neueren Gesetzbücher übergegangen, so wenig sie dem von ihnen an die Spitze gestellten Prinzipie entspricht ⁴⁾. Marcadé ⁵⁾ sucht sie durch

1) Tyndarus art. VI. n. 74. lex hoc casu restituit actionem jam peremptam ex maxima necessitate, sicut facit in multis casibus aequitate suggerente, ut in Vellejano S. C. — Pothier, Traité des oblig. p. III. ch. 4. §. 3.

2) C. civ. 1299. Celui, qui à payé une dette, qui était de droit éteinte par la compensation ne peut plus en exerçant la créance, dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir aux préjudices des tiers des privilèges ou hypothèques, qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance, qui devait compenser sa dette.

3) Vangerow, Leif. Bd. III. S. 351. Brinz, Bl. für Rechtsanw. loc. cit. S. 8.

4) C. civil art. 1294.

5) Marcadé tome IV. S. 632.

eine neue Definition der Correalobligation zu erklären; diese sei eigentlich eine alternativ bedingte Obligation; erst durch die Wahl des Gläubigers werde der eine oder der andere Theil Schuldner, der nicht Erwählte falle weg, daher seine Gegenforderungen irrelevant seien.

Gerade so inkonsequent wäre der Satz, daß der Hauptschuldner sich nicht auf die Gegenforderungen des Bürgen stützen könne, der zwar nicht ausdrücklich im römischen Rechte ausgesprochen ist, aber allgemein als gemeinrechtlich anerkannt wird und in alle Gesetzgebungen übergegangen ist.

Nichts beweist besser die Verkehrtheit des bekämpften Prinzips als der Zustand der französischen Jurisprudenz, welche dasselbe adoptirt hat und wirklich durchzuführen sucht. Trotz alles Scharfsinnes, den sie in unserer Materie angewendet hat, läßt sich nichts Willkürlicheres und Unklareres denken, als ihre Theorie. Neben der Compensation de plein droit war es nothwendig, eine compensation facultative für Fälle zu schaffen, die offenbar von der Thätigkeit des einen Theils oder des Richters herbeigeführt zu sein schienen¹⁾. Hier wurden die verschiedensten Verhältnisse bunt zusammengeworfen, und es sollen dabei ganz andere Wirkungen eintreten, als bei dem comp. de plein droit.

V. Endlich vertragen sich selbst die Stellen, welche davon handeln, daß ipso jure kompensirt werde, durchaus nicht alle mit der Auffassung, wonach damit eine Aufhebung durch die bloße Coexistenz der Gegenforderungen ausgesprochen werden soll. Dies können wir freilich erst später nachweisen.

1) Marcadé tome IV. §. 640 (4te Aufl.) 2. compensation facultative.

§. 30.

Fortsetzung.

**Bilgung durch Coexistenz unter Voraussetzung der
Verufung.**

Alle die Anstände, welche sich gegen den Satz erheben, daß die Compensation ohne die Verufung eines Menschen eintrete und damit auch der Behauptung zu widersprechen scheinen, daß ipso jure compensari den Eintritt der Compensation ohne Verufung eines Menschen bezeichne, hat jene andere Theorie zu umgehen gemußt, welche schon die Glossatoren seit Azzo im Wesentlichen annahmen und die heutzutage bei uns als die herrschende betrachtet werden kann ¹⁾.

Sie hält daran fest, daß die Verufung einer Partei immer Voraussetzung der Compensation sei; nichtsdestoweniger soll in dem Satze compensationem fieri ipso jure ausgesprochen werden, die Compensation trete ohne Verufung der Parteien ein. Aber weil man sie nach der Geltendmachung auf den Augenblick der Coexistenz der Parteien zurückrechne, betrachte man die Sache so, wie wenn sie schon im Augenblicke der Coexistenz eingetreten sei. Von den verschiedenen Schriftstellern wird diese Theorie im Wortausdrucke verschiedenartig gefaßt, zuweilen wird der Satz umgestellt, so wird z. B. neuerdings von F u h r ²⁾ das Prinzip scheinbar unbedingt vorangestellt, daß Schuldner und Gegengläubiger ohne ausdrückliche Abrechnung oder Ausgleichung sofort ipso jure und unmittelbar durch die Existenz der wechselseitigen Forderungen als

1) Vergl. S. 289.

2) F u h r, zur Lehre von der Compensation. Arch. für prakt. Rechtsw. Bd. 1 S. 122; vergl. auch sächs. und hess. Entwurf oben S. 289.

befriedigt und befreit gelten — aber diese Compensation wird dann noch an die Voraussetzung geknüpft, wenn sie auf diese Weise es sein zu wollen, ihrem Interesse gemäß stünden (und wohl auch erklären). Und noch in anderer Weise hat man diese Theorie mehr oder minder plausibel darzustellen versucht; der Grundgedanke bleibt immer ein und derselbe.

Gerade zu falschen Resultaten führt diese Auffassung nicht mit Nothwendigkeit. Was der Satz, daß die Compensation ohne Berufung der Parteien eintrete, Falsches und Gefährliches hätte, ist hier weislich entfernt, und wenn es uns nur darauf ankäme, für unsere Praxis aus den Reliquien des römischen Rechts einige anwendbare Regeln wohl oder übel zusammenzustoppeln, so könnte man das ganze Dogma in seiner jetzigen Gestalt gelten lassen. — Wenn es uns aber Ernst ist, die Grundidee des römischen Rechts zu erfassen und in sein System einzubringen, dann können wir uns mit demselben nimmermehr befreunden; es läßt sich weder innerlich noch äußerlich rechtfertigen ¹⁾.

I. Wenn wir einmal annehmen, die Compensation tritt stets nur in Folge einer Berufung der Parteien ein, so können wir nie mehr, selbst wenn wir die Compensation zurückdatiren, sagen, die Compensation sei ohne solche Berufung eingetreten, sondern allerhöchstens die Compensation, welche durch sie ins Leben getreten ist, sei schon vor der Berufung zu datiren, auf

1) In der Bekämpfung dieser Theorie liegt das eigentliche Verdienst der Schrift von Brinz; wir erkennen gerne an, daß er zuerst dadurch einen temporären Waffenstillstand unvereinbarlicher Prinzipien gebrochen hat. Dagegen sind die Gründe, die er ins Feld führt, nicht durchaus haltbar; noch weniger scheint uns aber das, was er an die Stelle setzte, richtig.

eine vergangene Zeit zurückzuziehen. Denn da es immer wahr bleibe, daß sie erst durch die spätere Berufung auch schon für die frühere Zeit zur Existenz käme, so bleibt immer selbst für diese Zeit unwahr, daß sie ohne oder gar im Gegensaße zur menschlichen Thätigkeit eingetreten sei. Man würde den Satz, daß die Compensation falls eine Berufung eingetreten ist, rückwärts hin auf die Forderungen von Einfluß wäre, immer falsch durch einen Ausdruck bezeichnen, welcher ausspräche, daß sie sich bereits ohne menschliche Thätigkeit kompensierten.

II. Es läßt sich aber auch durchaus kein Grund denken, warum die Römer die einfache Rechtsregel, daß die beiden Forderungen vom Augenblicke ihrer Coexistenz an als unwirksam betrachtet werden, falls sich die Parteien auf die Einrede der Compensation berufen, mit dem zweideutigen Ausdrucke bezeichnen sollten, dieselbe sei bereits ohne Berufung der Parteien eingetreten.

Jener Satz ¹⁾ ist, wie wir später noch nachweisen werden, mit allen Konsequenzen nur eine Folge davon, daß man annahm, es erwache dem Beklagten durch die Existenz einer Gegenforderung ein Recht auf Compensation, eine Compensationseinrede. Jede peremptorische Einrede macht die Forderung, der sie gegenübertritt, von diesem Augenblicke an unwirksam, falls sich der Einredoberechtigte ihrer später bedient. Die Forderung wird von jenem Momente an indebitum, der Zinselauf hört auf, von einer Mora kann nicht mehr die Rede sein. So verhält es sich bei der Verjährungseinrede, der Einrede der

1) Brinz, Compensation S. 20 u. S. 21 leugnet zwar die Existenz dieses Satzes. Dies ist aber ganz verkehrt. Man vergl. einstreifen c. 4 C. de comp.

Selbsthülfe, und dieselben Grundsätze hat man auf die Compensationsrede konsequent angewendet. Wie sollen nun, aber die Römer dazu gekommen sein, einen konsequenten Rechtsatz aus der unrichtigen Prämisse, aus der Fiktion herzuleiten, daß Compensation „ohne Zuthun der Parteien“ eintrete, oder wie kann er dadurch deutlicher und erklärlicher werden?

Wenn Alexander sagt, daß es Aufgabe des Richters sei *compensationem ex eo tempore haberi, ex quo ab utraque parte debetur*, so ist das deutlich und angemessen; wenn man diesen Gedanken aber mit dem Sage ausdrücken wollte, daß *ipso jure* kompensirt werde, so war dies ein außerordentlicher Umweg, man mußte zunächst an den Gegensatz denken, daß die Compensation schon im Augenblicke der Coexistenz ohne menschliches Zuthun eingetreten sei, und dann wieder, daß dies nicht genau zu nehmen sei, sondern nur die eine Bedeutung habe, daß von diesem Augenblicke an abgerechnet werden solle.

III. Nicht selten ¹⁾ sucht man die Verknüpfung der Erklärung, wonach *ipso jure* c. eine mit dem Augenblicke des Zusammentreffens eintretende Aufhebung der Forderungen bezeichnet und des Requisites der Anrufung der Compensation durch eine Analogie zu rechtfertigen. Auch die Resolutivbedingung, auch der Vorbehalt der Verwirkung (*lex commissoria*) macht das Rechtsgeschäft mit seinen Folgen *ipso jure* geradezu rückgängig, obgleich immer nur dann, wenn der Verkäufer von dem Vorbehalte Gebrauch machen will. Gerade so soll es sich nun auch mit der Compensation verhalten. Wir aber

1) Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I. S. 552. Arnbt's, Pand. S. 410, Anm. 1 in fine.

können nicht glauben, daß den Römern ein solches Verhältnis bei der Konstruktion unserer Lehre vorgeschwebt habe. Bei einem Vertrage unter einer Resolutivbedingung war der Wille nur vorhanden, ein Geschäft für den Fall abzuschließen, wenn dieselbe nicht angerufen würde; macht der Verpflichtete von derselben Gebrauch, so fällt das Geschäft zusammen, weil der Wille zum Vertrage niemals vorhanden war, nicht zunächst wegen der Anrufung. — Contrahiren die Parteien eine Gegenforderung, so liegt darin umgekehrt der Wille, ein neues Geschäft unbedingt abzuschließen, durchaus aber nicht die Intention einer Liberation, geschweige einer durch die Bedingung der Compensationsanrufung suspendirten Liberation der alten bereits bestehenden Forderung. — Einen solchen bedingten Willen müßte das Gesetz — um jene Analogie zutreffend zu machen — den Parteien beim Vertragsschluß andichten¹⁾. Daß aber diese Fiktion willkürlich wäre, jedes Bodens in den Verhältnissen entbehrt, bedarf keines Beweises. Und da fragen wir wieder billig, zu welchem Zwecke man solche Fiktionen eingeführt haben soll? warum man nicht vom Boden der wirklichen Thatsachen aus unser Rechtsverhältnis konstruirt habe²⁾?

IV. Endlich ist entscheidend, daß jene ganze Auffassung mit den Quellenzeugnissen nicht zu vereinigen ist. Wenn

1) Davon, daß die Berufung eine reine Potestativbedingung wäre, welche von der Willkür dessen abhinge, der dadurch ein Recht verlieren soll, so daß eine Rückwirkung nicht anzunehmen wäre, wollen wir gar nicht reden.

2) Mit Recht sagt Tyndarus art. VI. 53: *Si non volumus cavillare textus certe ubique loci dicunt compensationes fieri ipso jure indefinite et universaliter in omnibus casibus. Donellus comm. ad. c. 4 C. h. t. (op. VIII. S. 326) loci de hac re apertius scripti sunt, quam ut detorqueri possint.*

wirklich der Satz: *compensationem fieri ipso jure, compensationem haberi oportet ipso jure* helfen sollte, die Compensation trete mit dem Augenblicke der Coexistenz ohne menschliches Zutun ein, so wären wir in keiner Weise berechtigt, eine Beschränkung irgend einer Art zuzufügen. Denn daß das *ipso jure compensari* stattfindet, wird überall völlig unbedingte, völlig unbeschränkt ausgesprochen. In keiner Stelle, in welcher es vorkommt, findet sich die geringste Handhabe, welche uns berechtigen könnte, irgend eine Modification zuzufügen, geschweige eine solche Modification, wodurch dem angeblichen Satze gerade seine eigentliche Bedeutung entzogen würde. — Wir müßten uns eher entschließen, eine unauslöbliche Antinomie oder Interpolationen anzunehmen, als in solcher Weise den Sinn, den wir in so vielen Quellenzeugnissen zu finden glauben, anderen Zeugnissen zu Lieb völlig zu verstümmeln.

§. 31.

II. Bloß formelle Auffassungen.

Donellus ¹⁾ hat beide Systeme der Glossatoren verworfen. Er konnte sich nicht überzeugen, daß mit unserem Axiom ausgesprochen werden sollte, es sei eine Berufung zur Compensation nicht vonnöthen. Und so verfiel er auf die Ansicht, es werde damit nur bestimmt, daß es der Einfügung einer *Exceptio* zur Compensation nicht bedurft habe und daß der Richter auch ohne solche abzurechnen habe, wenn sich der Beklagte nur noch in *judicio* auf die Gegenforderung berufe. Allerdings fand er in den Institutionen bezeugt, daß die Compen-

1) Donellus, comment. in Cod. ad l. si constat. n. 8 opera tom. VIII. S. 326.

sation zu Marc Aurels Zeit *exceptione doli opposita* Eingang fand, aber er meinte, das sei wohl zweifelhaft gewesen und bald nach Marc Aurel, zur Zeit der Severe, abgeschafft worden.

Eine ausführliche Widerlegung dieser Auffassung ist nicht mehr nothwendig. Wir wissen ¹⁾, daß in der klassischen Zeit bis auf Ulpian und Paulus herab *per exceptionem doli* kompensirt wurde; damit ist dieser Ansicht das Fundament entzogen. Zudem wäre das plötzliche Verschwinden der Nothwendigkeit, eine *exceptio* zur Compensation vorzuschützen, völlig unmotivirt, und es ist nicht zu begreifen, wie der Richter, dem nur aufgegeben wird, zu untersuchen, ob der Schuldner nach strengem Rechte *dehn ex stipulatu dare oportet* in klassischer Zeit ohne weitere Autorisation jemals eine strengrechtlich fremdsehende Forderung berücksichtigen konnte.

Troßdem ist nun neuerdings die Auffassung von Donellus die Grundlage des Systems von Brinz geworden. Auch er nimmt an, *ipso jure* stehe in allen hieherbezüglichen Stellen ausschließlich im Gegensatz zu einer Vermittlung *per exceptionem* ²⁾. Doch soll es nichtsdestoweniger in jeder einzelnen Stelle wieder einen anders gefärbten Sinn haben und seine Bedeutung in der mannigfachsten Weise ändern. Dadurch hat er denn einen Theil der der Ansicht von Donellus entgegenstehenden Gründe zu beseitigen gewußt. Allein die unzweideutige Mittheilung der Institutionen, wonach die Compensation in klassischer Zeit *per exceptionem* eingeführt wurde, tritt ihm immer noch entgegen. Der Versuch, dieselbe zu beseitigen,

1) Vergl. S. 186 f. gube.

2) Blätter für Rechtsanw. in Baiern 1850, 15ter Bd. S. 85.

ist, wie wir zeigten, völlig mißlungen¹⁾, und so scheitert auch dies neue System an diesem Zeugniß.

Selbst davon abgesehen, basiren die Combinationen, welche ihm zu Grunde liegen, sämmtlich auf willkürlichen und ungegründeten Voraussetzungen, und haben keinen Boden in den zu erklärenden Stellen.

1. In c. 4 C. de compens findet sich der Ausdruck ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet. Dieses ipso jure soll nun nothwendig mit pro soluto zu verbinden sein, gleich als heiße es pro ipso jure solutum, es soll demnach bedeuten, die Forderungen seien für ipso jure, nicht aber für per exceptionem gezahlt zu erachten²⁾. In den Blättern für Rechtsanw.³⁾ führt Brinz diesen Gedanken noch weiter aus und beruft sich für die Existenz eines ope exceptionis solutum auf fr. 72 pr. D. de solutionibus.

In dieser Stelle wird aber nur bestimmt, daß eine Exceptio unter Umständen für alle Interessenten wirke, wie das auch Zahlung thue, pro soluto id oportet esse; daß aber in derselben von der Existenz eines ope exceptionis solutum gehandelt werde, müssen wir in Abrede stellen. Dieser Begriff ist uns mit Arnolds⁴⁾ undenkbar, jedenfalls aber dem römischen Rechte fremd und zur Erklärung einer Constitution nicht zu benutzen.

2. In fr. 10 D. de compens. soll der Satz desinere nos esse obligatos ipso jure, compensatione negligentiae facta, welcher in Bezug auf die Gegenforderungen zweier socii

1) Vergl. S. 195.

2) Brinz, Compensation S. 22 u. fignde.

3) Blätter für Rechtsw. S. 89.

4) Arnolds, Pandekten S. 411.

ausgesprochen wird, darauf deuten, daß der Grund des Nichtschuldig, welches der Richter in solchem Falle zu sprechen habe, in der *intentio formulae* liege ¹⁾, daß der Schuldner in Gefolge des Zusatzes *ex fide bona*, nicht in Folge einer *Exceptio* absolvirt werde. Die Worte *compens. facta* aber sollen nicht genau genommen werden ²⁾.

Dieser Gegensatz wäre nicht undenkbar. Ulpian hat ihn aber hier nicht im Auge gehabt. Es handelte sich darum, ob bei der *Societas* eine Compensation gegenseitiger Nachlässigkeit überhaupt beansprucht werden könne. War dies ausgemacht, so verstand es sich von selbst, daß die *Societätsklage* zum Schutze des Beklagten ausreiche, daß es einer *exceptio* nicht bedürfe. Wir wüßten wenigstens nicht, warum der Jurist diesen Umstand besonders hervorzuheben gehabt hätte.

3. In fr. 4 D. de comp. findet sich *ipso jure fidejussorem ex omni contractu minus debere, quod reus retinere potest; in fr. 21 D. eod: placuit inter omnes id quod invicem debetur, ipso jure compensari*. Das soll heißen, der Kläger werde nun genöthigt, seine Klage, wie früher immer der Wechsler auf Antrag des Beklagten, wenigstens der Form nach auf einen Ueberschuß zu richten, *cum compensatione agere* ³⁾. Bei solcher Compensation, die jetzt einem Jeden aufgezwungen wurde, habe nämlich das „Wesen“ ⁴⁾ nicht in einem Thun

1) Brinz S. 32 fgnbe.

2) Dies ist wohl der Sinn der Sätze, Comp. S. 36. „Von dieser Compensation schweigt Ulpian; diejenige aber, von der er spricht, ist weder wirklich noch fingirt. Sie ist nicht wirklich, weil sie die Klagerichte nicht aufhebt, nicht fingirt, weil das *ipso jure esse obligatos* keiner Fiktion bedarf.“

3) Brinz, Comp. S. 99 fgnbe.

4) Brinz, Comp. S. 89, 90.

des Klägers, sondern in der Formel selbst gelegen, deshalb habe man hier sagen können, sie finde ipso jure statt, nicht vermittelt einer exceptio, nicht factio hominis.

Auch gegen diese Hypothesen dürfen wir auf frühere Ausführungen zurückverweisen. Wir haben bereits nachgewiesen, daß es unrichtig und quellenwiderig sei, anzunehmen, daß die Wechselklage in der späteren klassischen Zeit an die Stelle der Compensation per exceptio doli getreten sei ¹⁾.

Gleich unrichtig sind aber auch die anderen Behauptungen, welche uns entgegentreten; namentlich scheint irrig, daß die Compensation bei der Wechselklage nicht factio hominis, sondern durch die Formel bewirkt worden sei. Gerade die Compensation des Wechslers hat ihr „Wesentliches“ in dem Thun des Klägers; er wird durch die Verweigerung der ordentlichen Klage indirekt genöthigt, daß er Compensation vornehme; ihre Anwendung ruht aber immer in seinem Willen. So fassen die Römer die Sache auf: *argentarius cogitur cum compensatione agere, factio compensatione minus intendit*. Wollte man annehmen, die Compensation bei Klagen der Wechsler finde jenes indirekten Zwangs halber ohne Zuthun eines Menschen statt, so müßte man konsequent auch behaupten, die prätorischen Stipulationen und ähnliche Handlungen würden sine factio hominis eingegangen; denn das „Wesentliche“ ist das Edikt, das zu ihrer Eingehung zwingt.

Andere Einwendungen namentlich auch, daß der materielle Inhalt unserer Stellen bei jener Auffassung unerklärt bleibt, übergehen wir, da wir auf beide Fragmente ausführlicher zurückkommen müssen.

1) Vergl. S. 240 fgnbe.

4. In der c. 14 C. de compens. soll endlich der Satz „*compensationes*“ ipso jure fieri sancimus gar nicht von Compensation handeln, sondern bedeuten, die „Retentionseinrede“ solle von nun an nicht mehr durch Vermittlung einer *exceptio* eingefügt werden und ohne solche, ipso jure geltend gemacht werden¹⁾. Diese Behauptung ist indessen, wie wir schon zeigten, ebenfalls völlig grundlos und widerspricht einer Reihe von offenkundigen Thatfachen²⁾.

Solche Irrthümer beweisen nur aufs neue, daß der einzige Weg zur Erforschung historischer Wahrheiten treues Festhalten an den Quellen ist und daß Jeder, der sich einmal über ihre Zeugnisse hinausgesetzt hat und statt dessen vorgefaßte Meinungen vorträgt, sich um so tiefer in haltlosen Hypothesen verliert, je konsequenter er an ihnen festhält. — Wie die Theorie von Brinz ist auch die Auffassung des ipso jure von Scheurl im Wesentlichen auf der Annahme basirt, daß die Compensation per *exceptionem doli* durch den Richter unmöglich gewesen sei³⁾ und konnte also, wenn sie auch nicht ohne Feinheit durchgeführt ist, zu dem Gedanken der Quellen nicht durchbringen. Der Leser wird uns gerne verzeihen, wenn wir sie nicht weiter im Einzelnen verfolgen.

1) Brinz, Comp. S. 26, 126, 130.

2) Seite 196 fgnbe.

3) Grundgedanke. Die *exceptio doli* führte stets zu völliger Abweisung des Klägers, er mußte daher die Compensation vor der *Litiscontestatio* durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vollziehen (vergl. oben S. 192). Später sei die *Argentarienklage* und die *Klage des bon. emtor* verallgemeinert worden; der Kläger konnte jetzt ablehnen, vor der *Litiscontestatio* auf solche Compensation durch ein Rechtsgeschäft einzugehen; die Verurtheilung auf den Ueberschuß trat jetzt ohne Rechtsgeschäft von selbst ein, der Richter sprach nun so, wie wenn das

§. 32.

Erklärung unseres Satzes.

Das Resultat unserer bisherigen Erörterung läßt sich in wenigen Worten zusammendrängen. Der Satz, die Compensation trete ipso jure ein, kann nicht die Bedeutung haben, sie sei in Folge der gewöhnlichen Formel, ohne daß es der Vorschützung einer *exceptio* bedurfte, zulässig geworden; denn in *stricti juris act.* konnte sie nur nach Vorschützung einer *exceptio doli* eingeführt werden. Er kann ebensowenig den Sinn haben, die Compensation trete ohne Anrufen der Parteien (*sine facto hominis*) ein; denn ein Anrufen der Parteien ist unbedingt zu ihrem Eintritte nothwendig.

Beide Wege, die man einschlug, haben nicht zur Entzifferung jener Phrase gebient; sie scheint fast unerklärlich. Und doch muß sich die Lösung finden, wenn wir die Geschichte der Compensation treu zu reproduciren verstanden haben; denn der in jenen Worten ausgesprochene Satz wurde ja nicht von außen in das Compensationsrecht hineingetragen; die Jurisprudenz war es, die ihn zuerst anerkannte ¹⁾, und so war er gewiß nur eine Consequenz der Entwicklung. Reproduciren wir uns also noch einmal die Hauptmomente.

In älterer Zeit kannte man in Rom ein Recht auf Compensation nicht; später wurde sie dem Kläger in Ausnahmeverhältnissen aufgezwungen, der Masse der Obligationsverhältnisse blieb sie fremd. Erst durch den praktischen Takt tüchtiger Richter fand sie allgemeinen Eingang. Zunächst bei den

Recht selbst Compensation bewirkt hätte. Scheurl, Beitr. S. 155 u. a. a. D.

1) Fr. 21 D. *placuit inter omnes, id quod invicem debetur ipso jure compensari* u. a. a. D.

verschiedenen Arten von freien Klagen (*magni esse iudicis Cic. de off. III. c. 17. placuit posse arbitrum ejus duntaxat summae, quae excederet, damnare. fr. 52 §. 2 D. fam. etc.*); dann bei *stricti juris act.*, wenn die richterliche Vollmacht durch *exceptio doli* erweitert war ¹⁾. Anfangs hing Alles von der Billigkeit des Falles, dem Verkehrsverhältnisse zwischen zwei Parteien, dem Arbitrium des Richters ab. Nach und nach erkannte man sie als ständiges Rechtsmittel an. Bei den *bonae fidei iudicia* spricht bereits Gajus ²⁾ von einem *jus pensationis*; aber auch in *strictis judiciis* wird seit Marc Aurel ein Recht auf Compensation zugestanden. Daher sagt Papinian, indem er die Compensation abschlägt, *fr. 15 D. de compens.: jure compensationis retinere non placuit*; daher rescribirt Kaiser Alexander *c. 5 C. de compens.: Compensationis aequitatem jure postulas*, die Billigkeit der Compensation ist zum Recht geworden. In demselben Geiste bestimmt Gordian: *compensationem „non immerito“ objicies*. Man sieht eine Ausnahme darin, wenn sie im speziellen Falle nicht zugelassen wird.

Vor allem aber hat Papinian in einer denkwürdigen Entscheidung ausgesprochen, daß die Compensation nicht von den Umständen, unter welchen die Klage angebracht ist, nicht mehr von der Beschaffenheit des concreten Falles abhängt, daß vielmehr Billigkeit ein feststehendes, objectives Recht der Compensation geschaffen habe.

Fr. 36 D. de administr. tut. 26, 7. Papinianus libro III. quaestionum.

1) Vergl. S. 88 fignbe. S. 94 fignbe. S. 181 fignbe.

2) Fr. 18 §. 4 D. commod. 13, 6.

Inter tutores divisa tutela est, aequitas, quae merum jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur. . . .

Merum jus ist das gemeine, Jedem zuständige Recht; weil Compensation zum objectiven Rechte geworden ist, soll sie auch, falls die Tutel getheilt ist, eintreten, ob sie gleich in solchem Falle Schwierigkeiten macht. Jenen Ausdruck gebraucht Ulpian als synonym mit ipsum jus, indem er in fr. 16 D. de minoribus 4, 4 bestimmt, daß demjenigen eine Restitution versagt werde, der communi auxilio et mero jure geschützt sei.

Und so wird auch durch den Satz ipso jure compensari nichts anderes ausgesprochen werden, als der Gedanke, daß Compensation nun ein allgemein feststehendes Recht der Parteien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechts selbst einzutreten habe, wenn sich Gegenforderungen gegenüber traten. Als Gegensatz steht im Hintergrund, daß es nicht mehr von besonderen Umständen, nicht den besonderen Verkehrsverhältnissen der Parteien, nicht mehr vom freien Ermessen des Richters abhängt, ob sie stattfinden solle. Sie hat nun eine unabhängige rechtliche Existenz.

Daß ein solcher Gegensatz dem römischen Rechte geläufig ist, braucht kaum hervorgehoben zu werden. Man denke nur an den Ausspruch Papinians, libro IV. quaestionum. fr. 40 D. de jud. 5, 1:

non quidquid iudicis potestati permittitur, id subicitur juris necessitati.

Daß hier an einen solchen Gegensatz gedacht wurde, dies wird durch innere und äußere Gründe, wie uns deutet, zu dem höchsten Grade von Wahrscheinlichkeit gebracht. Gewißheit ist

nicht möglich, da sich die Römer selbst über den Sinn unserer Phrase nicht äußerten ¹⁾).

Vor allem schließt sich, wie wir schon zeigten, nach dieser Auffassung der Satz *compensationem ipso jure haberi oportet*, der ganzen Entwicklung ungezwungen, ja mit Nothwendigkeit an. Auf der anderen Seite erklärt sich aber auch, warum er so häufig als Grundlage der Gestaltung der Compensations-*theorie* betrachtet wird. Denn erst seit die Compensation festes Recht war und nicht mehr von der Würdigung der Verhältnisse durch die Subjektivität des Richters abhing, konnte man von bestimmten Voraussetzungen der Compensation reden; seit die Parteien mit dem Augenblicke der Existenz der Gegenforderung ein Recht auf Compensation erhielten, konnten sich die Wirkungen der Compensationseinrede erst recht feststellen.

Unsere Interpretation rechtfertigt sich aber auch dadurch, daß durch sie der Widerspruch verschwindet, in welchem das *ipso jure compensari* mit dem Grundsatz zu stehen schien, wonach eine Willensthätigkeit einer Partei zum Eintritte der Compensation gefordert wird. Auf der anderen Seite kommt jenes Axiom dadurch auch in Harmonie mit der gleichbeglaubigten Notiz, wonach dem *strictum iudicium* in klassischer Zeit eine *exceptio doli* zugefügt sein mußte, wenn der Richter Compensation berücksichtigen sollte. Denn daß sich auch innerhalb des Kreises der *exc. doli* nach und nach ein objectives Recht feststellte, liegt in der Natur der Sache; es ergibt sich daraus, daß sich in unseren Quellen eine Reihe von Rechtsregeln finden, welche nach ihrer Vorschüzung angewendet werden mußten, z. B. die Abweisung wegen nicht gezahlter *Valuta*. Und

1) Vergl. S. 282.

es wird uns auch ausdrücklich ausgesprochen¹⁾: hoc jure utimur, ut exceptio doli noceat²⁾.

Unser Axiom berücksichtigt also nicht die prozessualische Ermöglichung der Compensation durch die verschiedenartigen der Klaggattung angemessenen Mittel; es hat den materiellen Kern allein im Auge. — Das für persönliche Klagen aller Art gewonnene neue Prinzip findet hier seinen Ausdruck. — Compensation ist ein Recht der Parteien geworden; ihre Zulassung steht nun so fest, wie die der Verjährungseinrede, der Einrede des Betrugs, des Zwangs.

Zwar findet sich bei diesen Einreden nirgends in ähnlicher Weise ausgesprochen, daß sie den Parteien ipso jure zustünden, und so kann man es auffallend finden, daß diese Phrase nur bei der Compensation gebraucht werde. — Aber bei jenen war von jeher unzweifelhaft, daß sie allgemeines Recht bildeten, sie waren auf einmal durch den Prätor, die Gesetzgebung zu unbedingter Wirksamkeit gerufen worden. Es war kein Bedürfnis, deren allgemeine Geltung besonders hervorzuheben. Bei der Compensation hatte sich diese dagegen erst allmählig in der klassischen Zeit herausgebildet, sie ist das jüngste Erzeugniß der römischen Rechtsentwicklung; und deshalb lag es den spätern Juristen, die eine allgemeine Compensation noch bei ihren Vorgängern aus der Zeit Hadrians nicht fanden, besonders nahe, Gewicht auf die neu errungene objektive Geltung zu legen. — Auch daß man diesen Gedanken gerade in unsere Phrase eingekleidet hat, darf keinen Anstoß erregen. Der Sinn, den wir hier dem ipso

1) Fr. 4 §. 12 D. de doli mali exc. 44, 4.

2) Es ist dieselbe Entwicklung wie im englischen Rechte. Zuerst trat Compensation nach Lage der Umstände ein; nun aber ist sie eine defence nach common law geworden.

jure zuschreiben, ist ihm durchaus nicht fremd. Es findet sich gar häufig in dieser und in ähnlicher Bedeutung. Dies haben wir noch zu zeigen, ehe wir zur genaueren Betrachtung der Stellen übergehen, in welchen von einer Compensation, die ipso jure eintrete, gehandelt wird und dort die Richtigkeit unserer Erklärung näher begründen.

Den Satz, daß ein Rechtsmittel ipso jure in Anspruch genommen werden könne, finden wir damit, daß etwas nach richterlichem Ermessen zu geschehen habe, in Gegensatz gestellt:

fr. 5 §. 4 D. de his, quae ut indignis 34, 9. Paulus libro I. de jure fisci. Ille qui non jure factum contendit. nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit. Ergo qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debet, quod consecutus est, de eo vero, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum D. Pius ita rescripsit: cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit et jure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem *ipso jure* poterunt. Prohibendi autem sint an non ex cujusque persona, conditione, aetate, cognita causa *a judice constituendum erit*.

Wer etwas in Gemäßheit eines letzten Willens angenommen hatte, konnte ihn nicht mehr als inofficios anfechten, als falsch aber nur dann, wenn er sich der Gefahr aussetzen wollte, das in Gemäßheit desselben Empfangene zu verlieren. Anders, wenn er ihn nur als ungiltig angriff. Hier soll er *ipso jure* die Erbschaft einklagen können und nur wenn im konkreten Falle eine Malhonnetität darin liegt, soll ihn der Richter abweisen. Es findet sich hier der Gedanke, daß eine Partei ein Recht auf eine Handlung hat, durch die Phrase *ipso jure*

ausgedrückt, es findet sich der Gegensatz zwischen gemeinem Rechte, *ipsum jus*, und freiem richterlichem Ermessen ¹⁾. In demselben Sinne kommt unsere Phrase in fr. 17 §. 1 D. de test. militis 29, 1 vor.

Hat ein Soldat für seine *res castrenses* und sein übriges Vermögen verschiedene Erben eingesetzt, so nimmt man zwei getrennte Erbmassen an, gerade als wenn der Erblasser eine doppelte Person in sich begriffen hätte ²⁾. Daraus folgt, wie Gajus sagt: *cui scilicet conveniens videtur ut ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi vel illi „ipso jure“ debeatur.*

Forderungen und Schulden sind hier mit dem Erbschaftsantritte, nach den Grundsätzen des Rechts getheilt, ohne daß es des Ermessens, der Vermittlung des Theilungsrichters bedarf; wie dies Paulus in fr. 25 §. 1 D. fam. erc. 10, 2 erläutert: *si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio* ³⁾.

Sehr häufig wird aber auch durch den Satz, daß etwas gerade nach dem Rechte *ipso jure* eintritt, die Existenz einer Berechtigung oder die Anwendbarkeit eines Rechtsatzes dem Nichtsein der Berechtigung, der Nichtanwendbarkeit eines Rechts gegenüber hervorgehoben. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn ein Rechtsatz mit Unrecht angezweifelt wurde, oder wenn man die Richtigkeit eines Satzes, dessen Consequenz

1. In der That ist dies ganz derselbe Gedanke, wie wenn *ipsum jus* mit präst. Thätigkeit, z. B. *rest. in integr.* in Gegensatz gestellt wird. Und doch spricht man wieder von einem *rest. in integr. quae stricto jure competit*, fr. 86 D. de a. v. o. h. 29, 2.

2) Neuner, *inst. ex rex certa* S. 496 u. folgde.

3) Ähnlich wird fr. 16 pr. D. de jure patr. 37, 14 die Richtigkeit *ipso jure* der Rescissibilität durch *a. Faviana* und *Calvisiana* entgegengestellt.

und Zusammenhang mit dem Rechtssysteme recht fühlbar machen wollte. Auch dieser Gegensatz lag bei der Phrase *compensationem fieri ipso jure* nahe.

Eine solche Gegenüberstellung von Recht und Nichtrecht durch *ipso jure* findet sich bei Ulpian in fr. 8 D. de rebus eorum 27, 9.

Qui neque tutores sunt *ipso jure*, neque curatores, sed *pro tutore negotia gerunt* eos non posse distrahere res pupillorum.

Wer nicht wirklich nach den Grundsätzen des Rechts (*ipso jure*) Tutor ist, sondern nur faktisch die Tutelgeschäfte führt, kann Mündelgüter nicht veräußern.

Und das ist doch auch der Sinn des oft gebrauchten Satzes (Gaj. III. 32): quos praetor vocat ad hereditatem heredes *ipso jure* non fiunt, nam praetor heredes facere non potest.

Das heißt, Personen, die der Prätor zur Erbschaft beruft, werden nach den Grundsätzen des Rechts überhaupt nicht heredes; es bedeutet nicht etwa, sie werden erst durch prätorisches Dekret Erben.

Ähnlich ist der Ausdruck in folgenden Verbindungen:

Fr. 64 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35, 1. Terentius Clemens libro V. ad legem Juliam.

Quodsi ita scriptum est: si Ariciae non nupserit, interesse an fraus legi facta esset, nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum *ipso jure rescindi*, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.

Die dem Legat zugefügte Bedingung, daß der Bedachte überhaupt nicht heirathe, soll nach der lex Papia nicht als

zugefügt betrachtet werden. Die Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu heirathen, soll aber gleichfalls als ungiltig betrachtet werden, wenn diese dadurch nach den Umständen zur Ehelosigkeit verdammt wäre und also durch jene Bestimmung dem Geiste des Gesetzes zuwibergehandelt würde; die Bedingung ist zu rescindiren und zwar — nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts (*ipso jure rescindi*).

In demselben Sinne wird uns gesagt, daß die Moralklage *ipso jure*, nach den ihr eigenthümlichen Rechtsgrundsätzen, gegen den *bonae fidei possessor*, nicht aber gegen den Eigenthümer gerichtet sei; weshalb derjenige, welcher vom *h. f. possessor* einen Sklaven zur *noxa* erhielt, gegen die *Vindikation* des Eigenthümers geschützt sei, fr. 28 D. de nox. act. 9, 4.

alioquin si aliter constituatur, futurum ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur, si cum ipso jure noxalis actio adversus eum competit necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat.

Derselbe Ausdruck findet sich bei der Frage, ob durch Auslösen der Erbeinsetzung Legate zu Recht bestehen bleiben, einige Juristen waren der Ansicht, *id jure ipso perimi quod inductum sit, cetera omnia valitura*, nach rechtlichen Grundsätzen, meinten sie, gehe nur zu Grunde, was ausgelöst sei, das Uebrige bleibe bestehen

Denselben Sinn sprechen aus: fr. 9 §. 1 D. de liberis et post. 28, 2: *si ex ea quae alii nupta sit postumum quis heredem scripserit ipso jure non valet, quia turpis sit institutio*. Ferner fr. 54 §. 1 D. de acquir. dom. 41, 1: *Item promittendo liber homo, qui bona fide nobis servit ut emendo vel locando vel conducendo obligari nobis ipso jure poterit, d. h. er wird aus Stipulationen und ande-*

ren Geschäften nach den Bestimmungen des Rechts verpflichtet, nicht aber etwa ohne sein Zuthun.

So wird der Satz, daß nach den Grundsätzen der Correalobligation jeder Gläubiger das Ganze fordern könne, mit den Worten ausgeführt: *ipso jure singuli in solidum debentur*; fr. 2 D. de duobus reis 46, 2; so finden wir bezeugt, daß die Dos, das Fekulium, durch Verwendungen, durch Schulden an den Herrn nach den Grundsätzen des Rechts vermindert würden, und ähnliche Beispiele ließen sich häufen ¹⁾.

1) In derselben Art ist ein Fragment von Callistratus, libro I de jure fisci zu verstehen, welches den Auslegern unnötige Schwierigkeiten machte und bei dem es zu den größten Mißverständnissen geführt hat, daß man den Gegensatz zu einer menschlichen Handlung hineinlegte.

Fr. 1 §. 1 De jure fisci. — An bona quae solvendo non sunt ipso jure ad fiscum pertineant quaesitum est. Labeo scribit etiam ea quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertinere, sed contra sententiam ejus, edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex iis nihil fisco acquiri possit.

Gewöhnlich nimmt man an, es werde in dieser Stelle die Frage aufgeworfen, ob dem Fiskus insolvente Güter erblos Verstorbener, ohne Agnition der Erbschaft „von selbst“ anheimgefallen seien. Dies würde eben überhaupt den Grundsatz voraussetzen, daß der Fiskus bona vacantia ohne Agnition unmittelbar mit der Vacanz erwürbe; was aber mit zahlreichen und bestimmten Zeugnissen in Widerspruch stünde, aus denen wir ersehen, daß der Fiskus herrenlose Güter nicht von selbst erwarb, sondern daß sie ihm zunächst nur deferirt wurden und daß er sie noch besonders zu agnosciren hatte. Ulp. fragm. XVIII. 7. fr. 1, fr. 2 D. de succ. ed. 33, 9. fr. 6 §. 3 D. ad. S. C. Trebell. 36; 1. fr. 4 §. 17, §. 20 D. de fideic. libert. 40, 4.

Diesen Widerspruch sucht man freilich auf historische Weise zu lösen. Es wird behauptet (siehe W a n g e r o w, Leitfaben 2 S. 598), in früherer Zeit habe man nach einer wörtlichen Interpretation der lex Julia angenommen, daß alles dem Fiskus verfallene Vermögen ohne Agnition ipso jure auf ihn übergehe, daraus sei aber für ihn der Nachtheil entstanden, daß er, wenn ein Vermögen überschuldet war, stets die Gläubiger befriedigen mußte. Deshalb habe das Edikt bestimmt, über verschuldete Güter solle Conturs eröffnet werden. Seitdem träte der Fiskus nicht mehr ipso

§. 33.

Interpretation der einschlägigen Stellen.

Wir haben bewiesen, daß der Satz, es geschehe etwas ipso jure, die Bedeutung haben kann, es geschehe nach Rechtsgrundsätzen, nicht nach richterlicher Gunst, oder auch ohne Recht. Nun ist freilich, und das ist das Wichtigste, noch zu zeigen, daß gerade diese Bedeutung den Juristen vorschwebte, welche von einem ipso jure compensari sprachen. Uns dünkt, daß sich auch dies mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit in allen einschlägigen Stellen nachweisen läßt.

I. c. 4 C. de compensat. Imp. Alexander A. Luciano ¹⁾):

Si constat pecuniam invicem deberi. ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concur-

jure in das Vermögen ein, man habe den Gegensatz von Delation und Abquisition auch auf seinen Erwerb angewendet. Diese Geschichte ist weder innerlich wahrscheinlich, noch äußerlich beglaubigt. — Einmal ist das Edikt, wonach das Vermögen, das überschuldet war, verkauft wurde, viel älter als die lex Julia; dann können wir nicht glauben, daß ein im Ganzen so vorsichtig abgefaßtes Gesetz, wie die lex Papia, in einer Zeit, wo die Ausbrüche mit größter Sorgfalt gewählt wurden und die juristische Kunst auf großer Höhe stand, eine Bestimmung getroffen hätte, wornach der Fiskus für alles überschuldete erblose Vermögen hätte eintreten und für alle Welt die Schulden übernehmen müssen. Endlich hat diese Entwicklung keinen Halt in der Stelle. Denn der Jurist beschäftigt sich offenbar nicht mit der Frage, auf welche Weise dem Fiskus nach dem Gesetze insolvente Güter erworben würden, sondern ob der Fiskus überhaupt Rechte an sie habe. Nur diese Frage verneint er, es wird entschieden, daß gerade nach der Regel des Gesetzes das insolvente Vermögen dem Fiskus nicht deserirt werde. Gerade so findet sich ipso jure c. 11 C. de suis et leg. 6, 56. Si matre superstite filius . . . filios dereliquerit, omnimodo . . . matri ipso jure succedant.

1) Ein Coder fügt zu, P. P. ed Krieg. Ann. 22.

rentes quantitates, ejusque solius quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Alexander spricht hier einen theoretischen Satz aus; er gibt eine Rechtsbelehrung über die Compensation, an die er dann auch praktische Folgen knüpft. Der Kern seines Ausspruchs liegt daher in den Worten: ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet. Gerade ihre Erklärung ist aber zweifelhaft. Meist übersetzt man dieselben, man müsse die Compensation für etwas von selbst Gezahltes halten. Uns scheint dies, wie schon Brinz bemerkt hat, logisch und sprachlich gleich unmöglich. Das hieße, einen Rechtsakt einem Stoffe gleichstellen. Man hätte bestimmen können, die Compensation müsse als eine Zahlung betrachtet werden (pro solutione esse); daß der Kaiser sie aber für etwas Gezahltes, gar für etwas von selbst Gezahltes ausgeben wollte, ist undenkbar ¹).

Aber deswegen ist noch nicht nöthig, unsere Stelle zu emendiren und wie Brinz gethan hat, jene Worte durch die Annahme einer Gemination in compensatione eam haberi oportet aufzulösen. Diese Conjectur widerspricht sämtlichen Handschriften, und wäre, wie Arnolds bemerkt, nicht einmal grammatisch richtig, da sie voraussetzte, daß sich fände: pro soluta eam haberi oportet ²).

1) Scheurl, Beitr. S. 140 führt zur Unterstützung dieser Auffassung fr. 48 D. de solut. 46, 3 an: pro soluto magis habendum est, quod ex ea causa mulier percepit. Allein hier wird gesagt, das Einfasfirt soll für etwas Gezahltes erachtet werden; das kann doch wirklich nicht beweisen, daß man schreiben konnte, ein Rechtsakt sei etwas Gezahltes.

2) Pand. S. 411. Ueber eine andere Erklärung von Brinz vergl. o. S. 306.

Compensationem haberi oportet soll kein Prädikat mit Compensation verbinden, es heißt einfach, Compensation soll zur Anwendung kommen. In derselben Bedeutung erscheint der Ausdruck in fr. 52 § 1 D. de pactis 2, 14: *habita compensatione fructuum*; in demselben Sinne wird gesagt, *compensatio habebitur*, c. 4 C. de her. petit, 3, 31, kommt der Ausdruck: *comp. rationem haberi* vor, fr. 7 § 1 D. de comp., fr. 8 D. de neg. gest 3, 5.

Die ganze Haltung des Rescripts, die einzelnen Phrasen deuten darauf hin, daß wir es hier mit einer Instruktion an einen Richter zu thun haben, nicht mit einer Mittheilung an eine der im Prozesse befangenen Parteien. Daraus erhellt, warum vom Kläger wie vom Beklagten in der dritten Person gesprochen wird: *quod amplius apud alterum est, quod ex utraque parte debetur*; daraus erklärt sich auch der prozessualische Ausdruck *si constat*, welcher außerordentlich häufig vorkommt, um den dem Richter geführten Beweis zu bezeichnen ¹⁾.

Dem Richter wird also vorgeschrieben, wenn es erwiesen sei, daß von beiden Seiten Summen geschuldet würden, so müsse die Compensation Anwendung finden, wie wenn gezahlt worden wäre. Und dadurch bestimmt sich die Bedeutung von *ipso jure*. Das kann hier nicht heißen, die Compensation trete ohne Thätigkeit eines Menschen ein im Augenblicke der Coexistenz der Forderungen; es wird im Gegentheil vorausgesetzt, daß die Compensation erst durch richterliche Thätigkeit zur Anwendung gebracht werde; an einen Gegensatz mit einer *exceptio* ist vollends nicht zu denken ²⁾; der Gedanke, der

1) J. B. fr. 1 D. quae sententiae sine app. 49, 8. c. 5 C. de comp. c. 1 C. de fide et jure hastae 10, 3 u. s. f.

2) Saffe S. 152. Bethmann-Hollweg S. 271.

prägnant ausgedrückt werden soll, ist einzig der, daß die Compensation Anwendung finden müsse (oportet) und zwar nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts selbst (ipso jure) Es ist damit dieselbe Idee ausgesprochen, die der Kaiser in einem anderen Rescripte in die Form gekleidet hat, *compensationis aequitatem jure postulas*. Daraus zieht er denn die natürliche Consequenz, daß bei der Abrechnung der Zeitpunkt zu Grunde gelegt werde, in welchem jeder der beiden Parteien das Gegenrecht erwuchs. Und es wird daraus weiter gefolgert, daß nur die — nichtmitteingeklagten — Zinsen des überschüssigen Kapitals noch geschuldet seien, wenn überhaupt noch eine besondere Klage auf dieselben bestehe, daß dagegen die Zinsen der gegenüberstehenden Summen nicht mehr liefen.

II. Ulpianus libro 63 ad edictum, fr. 40 D. de compens.

Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos esse invicem obligatos, ipso jure compensatione negligentiae facta ¹⁾. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem.

Mit einem allgemeinen Ausspruch über Compensation haben wir es in dieser Stelle nicht zu thun, noch werden die allgemeinen Compensationsregeln rein auf die Societät angewendet; vielmehr handelt es sich hier um ein ganz eigenthümliches Verhältniß.

1) Brinz, Compens. S. 32 setzt das Komma nach ipso jure. Es wird dadurch im Wesentlichen am Sinne nichts geändert.

Es war unter den römischen Juristen streitig, ob der Gesellschafter bloß für Dolus oder auch für Nachlässigkeit hafte¹⁾. In späterer Zeit hat man sich dafür entschieden, daß er auch für Culpa einzustehen habe; doch soll dies der Richter nicht genau nehmen (fr. 72 D. pro socio 17, 2: culpa non ad exactissimam diligentiam dirigenda est), und es soll ihm eine Sorgfalt genügen, wie sie der Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten zeigte; denn wer mit einem nachlässigen Manne in Gesellschaft tritt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er Schaden leidet.

Hier erfahren wir nun eine neue Modifikation. Wenn beide Gesellschafter gleich leichtsinnig sind, gleich die Geschäfte vernachlässigen (der eine den Tag auf der Jagd zubringt, der andere in die Bäder reist), so wird ihre Verpflichtung auf das Minimum zurückgeschraubt²⁾. Keiner kann von dem Anderen Ersatz des durch Nachlässigkeit verschuldeten Schadens verlangen; er gilt für kompensirt, wenn auch der durch den einen veranlaßte Verlust Tausende, der dem Anderen zur Last fallende nur Hunderte betrug. Und dies geschieht nach den Grundsätzen des Rechts selbst, ipso jure, es folgt aus dem Wesen der Societät, welche voraussetzt, daß ein gemeinsames Zusammenwirken stattfinde. Wer selbst nichts thut, kann dem Anderen nicht zumuthen, daß er seine Kräfte für die Gesellschaft an-

1) §. 9, Inst. de societ. 3, 25.

2) Viele, z. B. Glück Vb. 15 S. 69, wollen Compensation nur zugeben, wenn beide Gesellschaften bei der Betreibung eines Geschäfts, z. B. der Einfassung einer Aktiengasse nachlässig waren, so daß der Schuldner darüber insolvent wurde. Andere, z. B. Unterholzner Vb. 1 S. 552, Anm. K., meinen, der Jurist habe Nachlässigkeiten von gleich verderblicher Folge im Sinne. Alles dies dem Wort und Sinne unserer Stelle entgegen.

strenge. Und eine ähnliche Denaturirung des Vertrags findet statt, wenn der eine Gesellschafter nachlässig ist und der Andere dies inzwischen benutzt, um sein Schäfchen ins Trockene zu bringen; es soll dann der Vorthell, den der eine gezogen hat, als mit dem Schaden, welchen die Nachlässigkeit des Anderen verursacht hat, wenn sich dieser ungefähr zu gleichem Betrage beläuft, kompensirt sein.

Ulpian wollte demnach, wie wir schon oben bemerkten ¹⁾, durch den Zusatz *ipso jure comp. facta* gewiß nicht sagen, daß es zu dieser Compensation der Einfügung einer Exception nicht bedürfe. Zweifelhaft konnte allerdings scheinen, ob sich die gleiche Nachlässigkeit der Gesellschafter wirklich kompensire. Stand dies fest, so konnte es zu Ulpian's Zeit Niemanden in den Sinn kommen, eine Exception zur *a. pro socio* zuzusetzen, damit die Præstatiön aus dem Gesellschaftsvertrag auf *Dolus* reducirt werde. Wie weit jeder Gesellschafter zu haften habe, ist ausschließlich eine innere Frage, zu deren Entscheidung unzweifelhaft der Societätsrichter ohne weiteres berechtigt war.

Einer Compensation, welche der in unserer Stelle erwähnten ganz ähnlich ist, gedenken noch die Institutionen, §. 2 J. de societate. 3, 25. Es war zweifelhaft, ob ein Societätsvertrag gültig sei, wenn man sich einen Theil des Gewinnes ausbedungen hatte, dagegen vom Verluste nichts übernahm. *Servius Sulpicius* hielt solche Verträge für zulässig und seine Meinung wurde adoptirt; allein sie sollen so zu verstehen sein:

ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit *compensatione facta* solum quod superest intelligatur lucri esse.

1) §. 307.

III. Fr. 21 De de compensationibus Paulus libro I. quaestionum. Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debeat de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Wir haben hier ein Responsum von Paulus vor uns, die Anfrage ist von den Compilatoren gestrichen, dadurch ist die Stelle unbestimmt und undeutlich geworden: Und so kam es, daß man in dem Halbbunkel, welches jetzt darüber liegt, die verschiedensten Umriffe zu erkennen glaubte und die buntesten Gestaltungen der Phantasie in ihr bestätigt fand. In kurzen aber scharfen Zügen soll hier die Geschichte der Compensation gezeichnet sein, in den wenigen Worten des ersten Satzes nichts Anderes bezugt sein — als die allgemeine Nöthigung zur Wahl der Wechselklage u. s. f.

Wir wollen einen nüchternen Weg einschlagen, vorerst die materielle Bestimmung, die hier gegeben ist, ins Auge fassen, dann den Fall, zu dem sie paßt, feststellen und erst zuletzt die Bedeutung der einzelnen Ausdrücke, welche sich hier finden, zu bestimmen suchen. —

Der Kern der Entscheidung von Paulus liegt nun offenbar darin, daß der Procurator absentis bei einer Compensation in dem quästionirten Falle nicht de rato zu caviren haben solle. Das ist aber freilich an und für sich bedenklich genug. Und es ist nur merkwürdig, daß man auf das Auffallende dieser Entscheidung so wenig aufmerksam gemacht hat. Offenbar paßt sie zu keiner Art von Compensation, die der Beklagte anruft, wir mögen ipso jure erklären, wie wir wollen.

Der Kläger muß sich die Defension eines Abwesenden gefallen lassen; er darf die Einleitung eines Konkurses nicht

betreiben, wenn sich ein Vertheidiger für den Schuldner stellt, dagegen wird vorausgesetzt, daß er durch dieselbe vollständig zu seinem Rechte komme. Vor Allem soll er nicht Gefahr laufen, nachdem er mit dem Defensor lange prozessirt hat, noch einmal später mit dem Schuldner den Prozeß führen zu müssen. Daher genügt oft selbst die *cautio judicatum solvi*, die der Defensor regelrecht zu stellen hat, nicht allein: es ist noch eine *c. de rato* nothwendig, wo immer jene Gefahr droht. So hat der Defensor bei einer dinglichen Klage *de rato* zu caviren. Die *cautio judicatum solvi* reicht hier nicht aus; denn wenn der Vertheidiger auch die angesprochene Sache restituirt hat, so konnte doch der frühere Besitzer nicht gebunden durch die Prozeßführung des Defensors später wieder vindiciren und den Prozeß erneuen. Deshalb ward jene zweite Caution gefordert ¹⁾.

Ganz die gleiche Gefahr liegt aber vor, wenn der Defensor des Numerius dem Algerius Compensation aus Gegenforderungen des Numerius opponirte. Hätte Numerius selbst seine Gegenforderungen zur Compensation gebracht, so würde regelmäßig die Existenz und Größe der beiderseitigen Ansprüche rechtskräftig festgestellt und das ganze streitige Verhältniß definitiv zwischen den Parteien geordnet worden sein. Jeder späteren Klage des Numerius auf die bereits zur Compensation gebrachte Gegenforderung stünde dann die Einrede der durchgeführten Compensation entgegen und es würde dabei durchaus nicht noch einmal zur Frage kommen können, ob die Forderung des Algerius, worauf die Gegenforderung angerechnet wurde, wirklich existirte oder nicht. Hat aber der De-

1) Fr. 40 §. 2 D. de procurat. 3, 3.

fen for die Compensation mit Gegenforderungen des Numerius veranlaßt, so bleibt das Recht des Numerius unverkümmert, er ist immer noch zum Einlagen seiner Gegenforderung berechtigt; freilich kann ihm dann auch Agerius noch einmal Compensation aus der früher gegen den Defensor eingeklagten Forderung opponiren; allein er muß zu diesem Behufe die Existenz derselben von neuem erweisen, den schon einmal geführten Streit noch einmal durchfechten.

Dagegen bedarf der Kläger des Schutzes und dessen Verweigerung ist nicht erklärt, mag man nun mit den älteren Forschern in dem Satze *ipso jure compensari* ausgesprochen finden, Compensation sei schon ohne Berufung im Augenblicke der Coexistenz eingetreten oder annehmen, er bedeute, jeder Kläger sei auf Antrag des Beklagten genöthigt, wie der Wechsel *cum compensatione* zu klagen. Auch unter dieser Voraussetzung bleibt es immer unerklärt, warum man den Kläger nicht gegen die Gefahr schützte, daß die auf Betrieb des Defensors vorgenommene Compensation vom Vertretenen später nicht anerkannt werde.

Die Entscheidung von Paulus paßt also überhaupt nicht für den Fall, in welchem die fragliche Compensation im Interesse des Beklagten geschah, und so glauben wir, von vornherein in unserem Rechte zu sein, wenn wir umgekehrt supponiren, sie sei vom Kläger beabsichtigt. Wir haben schon oben gezeigt, wie Compensation mit Gegenforderungen des Beklagten nicht selten ausschließlich im Interesse des Klägers liegt, wie sich indessen ihrer Einführung durch die Klage das Bedenken entgegenstellte, daß es dem Gläubiger überlassen sein muß, zu bestimmen, wann er seine Forderung geltend machen und benutzen will; wir haben weiter gezeigt, wie dieser Anstand durch

den Gedanken überwunden wurde, daß Compensation als Recht beider Theile zu betrachten sei ¹⁾. Wenn man aber auch die Statthastigkeit der Compensation allgemein annahm (*placuit id quod invicem debetur, i. j. compensari*), so mußte es doch als sehr zweifelhaft erscheinen, ob man nun auch einem Defensor um jenes neuen Rechts des Klägers willen neue Lasten auflegen dürfe. Hergebracht war es, daß der Vertheidiger *cautio judicatum solvi* stellte, dadurch war der Kläger gedeckt; ein Zwang zur Stellung einer *c. de rato*, wenn dem Kläger Compensation beliebte, wäre dagegen eine neue bedeutliche Erschwerung der Defension gewesen; es hätte dann nicht genügt, daß der Defensor mit seinem Vermögen für die Erfüllung der klägerischen Forderung einstand, er wäre durch die *c. de rato* oft viel weiter hinaus für Alles *tenent* geworden, wozu der jetzige Kläger in einem wiederholten Prozesse aus der von ihm zur Compensation gebrachten Gegenforderung verurtheilt wurde, was sich mit später fälligen Zinsen und Strafen oft sehr hoch belaufen konnte. Der Jurist hat dies nicht für zulässig gehalten; will der Kläger kompensiren, so erhält er keine *c. de rato*.

Wenden wir uns noch eingehender zu den einzelnen Ausdrücken unserer Stelle, so wird uns bestätigt, daß dies ausschließlich der Inhalt unserer Quästion war. Ausdrücklich hebt Paulus in den Entscheidungsgründen, aus denen wir die Voraussetzungen seiner Antwort allein noch kennen lernen können, da die Anfrage selbst gestrichen ist, hervor, daß es der Kläger ist, welcher kompensirt hat. Hätte sich der Beklagte auf die Compensation berufen; so könnte man unter keiner

1) Vergl. S. 253 u. 254.

Unterstellung unbedingt aussprechen, nihil compensat; ebenso wenig hätte man vom klagenden Gläubiger, welcher zehn forderte und dem etwa eine Gegenforderung von fünf opponirt wird, sagen können: eum „ab initio“ minus petiisse. Schon S i n t e n i s hat dies bemerkt; durch die Abfertigung von B r i n z ist er nicht widerlegt worden ¹⁾).

Es ist aber auch gewiß nicht richtig, wenn dieser Schriftsteller ²⁾, um einen Anhalt für die Behauptung zu gewinnen, daß in unserer Stelle von einer Verallgemeinerung des Zwangs zur Wahl der Wechselklage die Rede sei, vom ersten Satz: posteaquam placuit die Worte inter omnes trennt und mit dem zweiten Satz verbindet ³⁾. Einmal möchte der dadurch gebildete Satz inter omnes quod invicem debetur, compensari den Gedanken nicht eben correct wiedergeben, daß sich die gegenseitigen Forderungen und Schulden aller Personen kompensirten ⁴⁾. Auf der anderen Seite ist der Ausdruck posteaquam placuit inter omnes zur Bezeichnung einer allgemeinen Uebereinstimmung unter den Juristen ganz natürlich und wird durch die Analogie ähnlicher Redensarten gesichert. So finden wir

1) S i n t e n i s, Zeitschr. Bd. 18 S. 35; dagegen B r i n z S. 106. „Wenn das nur Paulus gesagt hätte.“

2) B r i n z, Compens. S. 27.

3) Freilich findet sich etwas Aehnliches schon bei den Glossatoren, die zum Theil i. o. erklärten inter omnes contrahentes, darüber aber Ant. Faber rat. ad Pandectas, ad h. locum, quod verbum i. o. quidam sic interpretantur apud Accursium, ac si scriptum esset inter omnes contrahentes; ridiculum est: de prudentibus enim et juris conditoribus loquitur, non de contrahentibus. C u j a c i u s notae ad Dig. ad h. loc. in glossa „dele contrahentes et dic prudentes.“ N o o d t comm. ad h. tit. paraphrasirt: omnibus jureconsultis uno ore consentientibus.

4) F u h r, Arch. S. 137.

nicht selten die Phrase *inter omnes constat* zur Bezeichnung eines allgemein angenommenen Satzes, fr. 1 D. de min. 4, 4. *inter omnes constat fragile esse hujus aetatis consilium.* fr. 46 D. de furtis 47, 2. *inter omnes c. etiamsi extincta sit res furtiva remanere actionem.* fr. 5 §. 6 D. de injuriis 47, 10. *placuit non posse, deque ea re inter omnes c.* Gerade so findet sich aber auch der Ausdruck nach Ausweis der Wörterbücher: *i. o. convenit* in fr. 12 D. qui satisfacere 2, 8 *i. o. convenit heredem sub conditione substituto cavere debere*, und außerdem in fr. 14 §. 1 D. de aedil. edicto 21, 1. *inter omnes convenit, sanam esse mulierem praegnantem.* Es läßt sich nicht einsehen, warum man denselben Gedanken nicht mit demselben Rechte durch *placuit i. o.* ausdrücken konnte. Nach alledem werden wir also die Antwort von Paulus folgendermaßen paraphrasiren dürfen.

Nachdem man allgemein darüber übereingekommen ist, daß gegenseitige Forderungen nach den Grundsätzen des Rechts selbst kompensirt werden, so hat doch der *Procurator absentis*, wenn er mit Compensation beklagt wird, eine *c. de rato* nicht zu stellen, denn nicht er ist es, der in solchem Falle kompensirt, es ist der Kläger, welcher hier von Anfang an weniger fordert.

IV. Fr. 4 D. de compens. Paulus libro 3 ad Sabinum.

Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest¹⁾: sicut enim quum totum peto a reo, male peto, ita et

1) Berleht ist die Emendation von Einert, eo ipso jure quo. Programm S. 7.

fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.

Der materielle Inhalt der Stelle hat keine Schwierigkeit. Es wird als allgemeiner Satz ausgesprochen, daß der Bürge sich bei Contracten aller Art auf die Gegenforderungen zur Compensation berufen könne, die auch der Hauptschuldner zur Compensation benutzen konnte. Aber auch hier hat die Ausdrucksweise, die Einkleidung unseres Satzes manche Mißverständnisse veranlaßt. Sie zu vermeiden, müssen wir uns auf den Standpunkt von Neratius und Pomponius versetzen, deren Aeußerungen unserer Stelle zu Grunde liegen. Es ist nicht schwer, ihren Gedanken zu errathen.

Zu ihrer Zeit hatte der Schuldner schon in einer Reihe von Fällen ein Recht auf Compensation, namentlich der Gegengläubiger des Wechslers und des bon. emtor, aber auch Jeder, der mit einem bonae fidei judicium belangt wurde. In dem Kreis der ordentlichen strengen Klagen war dagegen noch regelmäßig ein Compensationsrecht nicht anerkannt; noch war hier Alles dem arbitrium judicis überlassen. An und für sich waren diese beiden Systeme in verschiedenen Klaggattungen wohl verträglich. Bei einer Bürgschaft aber konnten sie kollidiren, Inkonsequenzen veranlassen. War etwa wegen eines bonae fidei negotium eine Fidejussio eingegangen, aus der eine strenge Klage erwächst, so konnte der Richter dem Bürgen der strengen Form der Bürgschaftsklage halber Compensation abschlagen und den Bürgen auf mehr haften lassen, als den Hauptschuldner. Aber freilich wäre dies unbillig und inkonsequent gewesen. Und deshalb hat man schon zu Neratius und Pomponius Zeit dem Bürgen, der mit der Bürgschaftsklage belangt wird, das Recht auf Compensation eingeräumt,

das dem Hauptschuldner, der etwa mit einer a. bonae fidei verhaftet war, zugestanden hätte. Und es stellte sich also für diese Fälle Compensation im str. iudicium fest, während dieselbe hier allgemeines Recht erst nach Jahrzehnten wurde.

Gerade weil man nun einen allgemeinen Gesichtspunkt festsetzen wollte, der für Verbürgungen aus jedem Vertrage (ex omni contractu) Anwendung finden sollte, mußten die Juristen, indem sie von der Compensationsberechtigung des Hauptschuldners sprachen, welche sie dem Bürgen allgemein einzuräumen gedachten, von der formellen Verwirklichung ganz absehen; deshalb haben sie die Ausdrücke ganz vage gestellt; cum peto a reo, male peto — quam reus condemnari potest, das sind allgemeine Redensarten, die sich auf keine bestimmte Prozeßform beziehen.

Diese Auffassung steht freilich im Widerspruch mit der gewöhnlichen Interpretation. Man hebt meist den Ausdruck male peto besonders hervor und behauptet, es werde damit gerade angedeutet, daß der Kläger in klassischer Zeit immer wegen pluris petitio abgewiesen wurde, wenn er seine Forderung ohne vorgängige Compensation eingeklagt¹⁾ habe.

Daraus hat man denn in neuerer Zeit zurückgeschlossen, daß die Wechslerklage, bei welcher eben der Kläger Gefahr der pluris petitio läuft, zur Zeit des Paulus das eigentliche Medium der Compensation geworden sei; der Ausdruck ipso jure minus debere bezeichne gerade diese angebliche Ausdeh-

1) So besonders Cujac. lib. 3 quaest. Pap. ad l. 16 D. de comp. (ed Mut. IV. §. 69) male petere est plus petere et in litis amittendae poenam incurrere; dann auch Heineccius bei Briss. ad v. male. Brinz, Compens. §. 6; doch fehlt es nicht an Dissidenten.

nung ¹⁾). Daß diese letzte Behauptung undenkbar ist, haben wir schon nachgewiesen ²⁾); daß sie aber auch hier nicht die geringste Unterstützung erhält, daß durch den Ausdruck *cum totum peto a reo, male peto* nicht auf eine völlige Abweisung des Klägers wegen Zuvielforderns angespielt wird, daß damit die Klage nur als materiell nicht vollständig begründet und fehlerhaft bezeichnet werden soll, ist, wie wir glauben, nicht schwer zu zeigen.

1. Unsere Stelle handelt von Contracten aller Art (*ex omni contr.* ³⁾); es soll allenthalben was vom Hauptschuldner gilt, auch dem Bürgen gestattet sein. Namentlich soll ihm demnach auch das Compensationsrecht, das der Hauptschuldner bei einer Verbürgung aus einem *bonae fidei neg.* hat, gewahrt bleiben. Es bezieht sich also auch auf *bonae fidei neg.*, wenn Paulus sagt: *sicut totum peto a reo, male peto*. Schon dies zwingt uns, von der Annahme abzusehen, daß *male peto* eine Abweisung wegen Zuvielfordern bedeute. Bei den freien Klagen war ein Zuvielfordern unmöglich ⁴⁾, und es wäre daher ein absurdes Resultat, wenn man annehmen wollte, die Nichtberücksichtigung der Compensation sei hier als *pluris petitio* betrachtet worden, und habe zum Verluste des Processes geführt, oder es sei etwa auch hier die Wechslerklage zu wählen gewesen. Es läßt sich auf der anderen Seite nicht der geringste Grund finden, den allgemeinen Satz unserer Stelle etwa auf Verbür-

1) Brinz S. 101.

2) Vergl. oben S. 307, 308.

3) So sagt auch Ulpian, fr. 1 D. de fidejuss. *Omni obligationi fidejussor accedere potest*, fr. 2. Pomponius et depositi fidejussor accipi potest.

4) Gaj. IV. 54.

gungen über strenge Klagen und zwar über *conditiones certi* zu beschränken.

2. *Male peto* ist aber auch in der That nicht technischer Ausdruck für eine Abweisung wegen Zuvielforderns. Der Kunstausdruck dafür ist bekanntlich *causa, formula cadere*. *Male peto* aber ist identisch mit *perperam, non recte peto* und bildet, wie diese Phrase, den Gegensatz zu *recte peto*.

Recte petere aber findet sich bei einer Klage, die materiell und formell fundirt ist und der keine *exceptio* entgegentritt. So wird uns — um nur eins hervorzuheben — gesagt, daß dem Gläubiger, welcher einen Sklaven nach seiner Wahl zu fordern hat und einen Vertrag schließt, daß er den Stichus nicht fordern wolle, *Stichum petendo pacti exceptio opponetur, alium autem hominem si petam, recte agam*¹.

Die entgegengesetzten Ausdrücke bezeichnen daher ganz allgemein jede fehlerhafte Klage, mit der man aus materiellen oder formellen Gründen nicht durchbringen mag. So wird in fr. 13 §. 5 D. de pign. a. 20, 4 besagt: *Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur. sed si conditio venerit, rursus agere poterit.*

Es ist kein Grund vorhanden anzunehmen, daß *male agere* eine andere Bedeutung gehabt habe, als *non recte agere*. Man bezieht sich freilich für die Ansicht, daß *male agere* technischer Ausdruck für einen Prozeßverlust gewesen sei, auf eine Aeußerung von *Scävola* (fr. 4 §. ult. D. quando dies ususfr. 7, 3), worin der Jurist bestimmt, daß der Kläger,

1) Vergl. dann noch fr. 77 §. 9 D. de leg. II. fr. 10 §. 3 D. de annuis leg. 33, 1. u. A. vergl. *Brissonius v. recte*.

welcher einen *Ususfructus* vor der Zeit einfordert, seine Klage erneuern kann, während regelmäßig eine konsumirte Klage für immer verloren ist: *agentem ante diem ususfructus, nihil facere, quamvis alias, qui ante diem agit, male agat.*

Wir aber können nicht glauben, daß dieser Satz in seiner jetzigen Gestalt der Feder eines alten Juristen entnommen sei; „*agentem nihil facere*“ und „*male agere*“ bilden keinen Gegensatz. Auch wer eine nichtige Klage anstellt, klagt übel, *male*. Um den Gedanken präcis auszudrücken, muß *Scävola* dem *nihil facit* ein *rem perdit* oder eine gleichwiegende Phrase entgegengestellt haben. Die Compileroren aber, welche ein *rem perdere*, wegen Zwitelfordern nicht mehr kannten, sondern den Kläger nur bestrafte, haben die anstößige Phrase in ein *male agere* verwandelt.

3. Daß aber gerade in unserer Stelle das *male petere* von einer materiellen Unstatthaftigkeit zu verstehen sei, ergibt sich aus dem Verlaufe der Stelle, in welcher *Paulus* selbst den Satz: *sicut totum peto a reo male peto* authentisch interpretirt, *ita et fidejussor non tenetur in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest*. *Paulus* findet die Klage auf das Ganze deshalb unstatthaft, weil durch Compensation die Summe, in welche der Beklagte zu condemniren ist, gemindert wird.

Ebensowenig als die Annahme, daß *Paulus* hier von einer Verallgemeinerung des Zwangs zur Wahl der Wechsellage für Klagen aller Art handle, scheint uns die Erklärung aus unserer Stelle zu begründen, daß der Bürge aus jedem Contracte schon ohne Berufung mit dem Augenblicke der Coeristenz einer Gegenforderung befreit werde. Es läßt sich nicht einsehen, warum man diesen Satz besonders beim Bürgen hervorgehoben

habe, wenn er doch, wie man annimmt, eine allgemeine Eigenthümlichkeit der Compensation war. Es galt hier, als einen neuen Rechtsatz festzustellen; daß der Bürge bei Verträgen aller Art das Recht zur Compensation habe, das dem Hauptschuldner zustand, nicht aber dieser Compensation besondere Wirkungen beizulegen. So haben auch schon die Basiliken die Sache aufgefaßt, indem sie einfach kontrahirten ¹⁾).

ἀπὸ παντός συναλλάγματος ὁ ἐγγυητὴς ἤττον χρεωστεῖ, ὅσον ὁ ἐναγόμενος δύναται παρακρατῆσαι διὰ συμφησίμου (ex omni contractu fidejussor minus debet, quantum reus retinere potest ex compensatione).

V. Justinian bestimmt c. ult. C. de compens.: Compensation solle bei dinglichen wie persönlichen Klagen ipso jure fieri. Auch dies hat keinen andern Sinn gehabt, als Compensation solle nun nach dem Gesetz bei beiden Arten von Klagen zur Anwendung kommen. Dies nachzuweisen, jene Bestimmung recht zu würdigen, bedarf es aber noch immer vorgängiger Untersuchung über den Zustand der Compensation bei dinglichen Klagen in der klassischen Zeit. Mit ihr soll sich das folgende Kapitel beschäftigen.

1) Fabrot tom. III. p. 576.

Zweites Kapitel.

Compensation bei dinglichen Klagen. Verordnung Justinian's.

§. 34.

Compensation bei dinglichen Klagen im Römischen Rechte.

Grundvoraussetzung der Compensation ist die Gleichartigkeit der wechselseitigen Leistungen. Da nun dingliche Klagen Wiedererlangung von Gegenständen zum Zwecke haben, die individuell bestimmt sind und sich als solche niemals gleichartig sein können, so möchte man leicht versucht sein, von vornherein Compensation hier für unmöglich zu halten. Allein damit ginge man zu weit, denn einmal ließe sich denkbarer Weise selbst ein dinglicher Anspruch nach der Klageanstellung gerade zu dem Zwecke in eine Forderung auf eine Geldentschädigung umwandeln, damit er dann mit anderen Entschädigungsansprüchen kompensabel wäre; und jedenfalls tritt diese Verwandlung nicht selten aus anderen Gründen ein und Geldentschädigung ist dann der einzige Zweck der dinglichen Klage.

Wenn wir demnach die Frage nach der Statthaftigkeit der Compensation bei dinglichen Klagen untersuchen wollen, so haben wir einen doppelten Gesichtspunkt ins Auge zu fassen;

vor allem fragt es sich, ob der dingliche Anspruch etwa regelmäßig behufs Abrechnung mit Gegenforderungen in die Forderung eines Geldäquivalents verwandelt wurde, dann ob Compensation wenigstens regelmäßige Anwendung fand, wenn sich der Anspruch schon aus anderen Gründen, etwa weil der Beklagte nicht restituiren wollte, in ein Recht auf Entschädigung umgesetzt hatte.

Beide Fragen sind, wie wir glauben, für das klassische Recht im Allgemeinen zu verneinen. Wer eine vindikation anstellt, macht damit prinzipaliter nur ein Recht an ein Objekt geltend, dessen Innehabung er zurückerlangen will, den Beklagten fordert er vor, weil er sich zwischen ihn und sein Eigenthum drängt. Es wäre unnatürlich, daß Streitigkeiten, welche zwischen Kläger und Beklagten persönlich obschweben und keinen Bezug auf die angesprochene Sache haben, Einfluß auf diesen Streit gewinnen könnten; schon deshalb kann in dem ersten Stadium des Prozesses bis zur Erlassung des Restitutionsbescheides von einer allgemeinen Berücksichtigung von Gegenforderungen keine Rede sein.

Wird dem Restitutionsbescheide kein Genüge geleistet, so änderte sich freilich der Charakter des Prozesses. Der Possessor wurde dem Kläger zu einer Entschädigung verhaftet. Jetzt scheint Compensation mit Gegenforderungen nahe zu liegen. Allein wenn der Prozeß in dieses Stadium trat, mußte er in den meisten Fällen schon geraume Zeit gedauert haben, es war meist unzweckmäßig, jetzt noch die Cognition über ein dem Prozeß fremdes Rechtsverhältniß zu übernehmen; vielfach war dies unthunlich, weil sich der dem Prozesse gesetzte, kurze Termin gewiß regelmäßig seinem Ende zuneigte. So wurde der Beklagte meist mit seiner Compensationsrede nicht mehr gehört.

Und dies war um so unbedenklicher, als er die Gegenforderung, wenn sie ihm wirklich zustand, auch nach der a. judicati opponiren konnte, wobei er freilich Gefahr lief, ins Doppelte verurtheilt zu werden, falls er die Compensationseinrede nicht erweisen konnte ¹⁾.

Allein wenn nun auch der Beklagte kein Recht hatte, noch Compensation zu verlangen, so scheint es uns auf der anderen Seite unstatthaft, wie dies jüngst Scheurl ²⁾ gethan hat, dem Richter der klassischen Zeit, die Befugniß abzuspochen, im letzten Stadium des Processes auf dieselbe einzugehen, falls sie ihm zweckmäßig erschien. Scheurl stützt sich darauf, daß die richterliche Thätigkeit in diesem Stadium eine reine aestimatio, quanti ea res est auf Grund der schon mit dem Arbitrium abgeschlossenen Verhandlung gewesen sei; deshalb habe dem Arbitrer, der nach der Condemnationsformel nur ea res festzustellen hatte, das Recht nicht zugestanden, auf eine Gegenforderung des Beklagten Rücksicht zu nehmen, welche bisher noch gar nicht zur Sprache gekommen war. Gewiß ist hiervon richtig, daß eine wörtliche Interpretation der Condemnationsworte Compensation unmöglich gemacht hätte. Aber danach wäre sie bei jeder persönlichen Klage auf ein incertum ebenfalls unstatthaft gewesen, denn auch dabei wird der Richter durch die Condemnation nur angewiesen, ea res abzuschätzen. — Da nun einmal das Recht überhaupt diesem Zustande entwachsen war und der Richter regelmäßig, wenigstens unter der Regide der exc. doli, trotz der Formel zur Compensation berechtigt, ja verpflichtet war, so ist nicht abzusehen, warum gerade bei

1) Gaj. IV. §. 171.

2) Scheurl, Beitr. S. 177.

dinglichen Klagen jene Fassung als ein absolutes Hinderniß betrachtet worden sein soll. Daß man überhaupt noch im letzten Stadium des Processes Compensation für statthaft hielt, hat uns fr. 52 §. 2 D. fam. erc. 10, 2 (S. 95) gezeigt.

Also war Compensation bei dinglichen Klagen in klassischer Zeit nicht unmöglich, aber auch nicht geboten, sie hing vom Arbitrium des Richters ab; sie fand wohl Anerkennung, wenn die Gegenforderung erwiesen, das Ende des Prozeßtermines noch entfernt war, wenn sie in irgend einer Beziehung zum Eigenthumsstreit stand.

Auf solchen Zustand deuten denn auch die uns erhaltenen Quellenzeugnisse. Vor allem die Constitution Justinians, worin er bestimmt, daß die Compensation von nun bei dinglichen Klagen gleichfalls ipso jure von Rechtswegen eintreten solle, wie dies früher nur bei persönlichen der Fall war.

Andere Stellen stehen damit nicht in Widerspruch. Man hat zwar nicht selten fr. 24 §. 2 D. de inoff. test. 5, 2 angeführt, um der Compensation bei Erbschaftsklagen größeren Raum zuzuthellen. Paulus respondirt hier:

evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non esset et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui supervivit, competere et compensationem debiti.

Man hat gemeint ¹⁾, Paulus müsse mit den letzten Worten an eine Compensation gegen die Querel selbst gedacht haben. Verstehe es sich doch außerdem von selbst, daß demjenigen eine

1) Sententis, Jfchr. Bb. 18 S. 32.

Compensationseinrede zustehe, dem eine Klage zugeschrieben werde. Dergleichen Trivialitäten habe Paulus gewiß nicht aussprechen wollen.

Dem können wir nicht beistimmen, wenn wir uns nur auf den Standpunkt der klassischen Jurisprudenz stellen. Die Forderung des Erben war einmal durch den Erbschaftsantritt untergegangen. Es bedurfte, wenn sie nach der Rescission des Testaments geltend gemacht werden sollte, einer Restitution, deren Ertheilung dem Prätor anheimfiel und die er durch Zulassung einer *a. fictitia* vermittelte. Es mußte zweifelhaft sein, ob auch der Richter, dem jene Forderung bei Gelegenheit einer Compensationseinrede unterbreitet wurde, zu ähnlicher Restitution berechtigt sei. Man gestand es zu, weil jene Restitution *matter of course* geworden war ¹⁾.

Wenn übrigens hier selbst eine Aufrechnung der Erbschaftsschuld auf die Erbschaft für zulässig erklärt worden wäre, so bewiese dies immer noch die allgemeine Geltung des Compensationsrechts bei dinglichen Klagen, etwa auch bei Gegenforderungen an den Erben nicht.

§. 35.

Von den Deduktionen bei dinglichen Klagen.

1. Den Singularklagen.

Wenn nun auch Compensation bei dinglichen Klagen nicht Regel war, so fanden sich doch auch hier manche Verhältnisse,

1) Aus demselben Grunde wird auch sonst die Möglichkeit einer Compensation aus einer Forderung, die nur durch *utilis actio* geschützt war, besonders zugestanden. So fr. 24 D. de pignorat. act. 13, 7. Eine Pfandsache wird dem Pfandgläubiger zugeschlagen, dann *evincirt*; es wird hier eine *a. utilis ex emto. accomodirt* und fährt Ulpian fort: *compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur.*

in welchen ein Abwägen von Gegenansprüchen, ein Abzug des kleineren vom größeren Ansprüche regelmäßig zur Anwendung kam. Diese Abzugsrechte sind der Compensation nahe verwandt, gleichwohl fallen sie mit ihr nicht zusammen. Bei der Compensation begegnen sich zwei völlig selbstständige Gegenrechte, die sich wechselseitig decken; die Rechte, von denen wir hier zu sprechen haben, lasten auf der dinglichen Klage und erfreuen sich meist eines unabhängigen durch Klage gesicherten Daseins nicht. Dann tritt die Compensation eben ein, weil die gegenseitigen Leistungen identisch sind, während die Gegenansprüche, von denen wir hier handeln, erst gleichartig gemacht, die dinglichen Ansprüche in eine Geldsumme umgesetzt werden, um abgerechnet werden zu können.

Eine solche Operation bei dinglichen Singularklagen hat aber, wenn der Beklagte die fremde Sache noch leisten kann und will, etwas außerordentlich Künstliches, nur ausnahmsweise Anwendbares. Finden sich Gegenansprüche, die Berücksichtigung zu verdienen scheinen, so ist es natürlicher, daß man dem Beklagten ein Retentionsrecht einräumt und der Richter dem Kläger nur unter der Voraussetzung Restitution zuerkennt, daß derselbe gleichzeitig jene Gegenforderungen zu tilgen bereit ist.

Kommt der Bindikant diesem Befehle nicht nach, so droht ihm Abweisung, und da er im klassischen Rechte die Bindikation später nicht mehr erneuern konnte, so blieb dem Beklagten nun für immer die Lage gesichert, in welcher er vor der Klagenstellung war. War er juristischer Besitzer, so behielt er die Vortheile des juristischen Besitzes, war er Usucapient, so lief die Erziehung ununterbrochen fort und er erwarb die Sache in kurzer Zeit.

Solche gänzliche Abweisung ist auf der anderen Seite hart für den Kläger; sie ist namentlich dann schwer, wenn er dem Befehle nicht etwa aus Ungehorsam nicht nachkam, sondern weil ihm die Mittel zur Tilgung der Gegenforderungen fehlten. In solchem Falle könnte man es vielleicht für billig und dem römischen Verfahren angemessen halten, da die Schlußverurtheilung doch immer auf Geld ging, die angesprochene Sache abzuschätzen, die Gegenforderung von der Litisästimation abzuziehen und den Besitzer, dem dafür die Sache zu eigen würde, in den Rest des Sachwerths zu verurtheilen. In der That war dies aber regelmäßig unthunlich. Der Beklagte wäre dadurch in seinem Rechte gekränkt worden; es war unstatthaft, ihn, wenn er zur Auslieferung der fremden Sache gegen Tilgung seiner rechtmäßigen Forderungen bereit war, in eine Geldsumme, die er einmal nicht schuldete, zu verurtheilen. Daher ist das Retentionsrecht des Beklagten regelmäßig unbedingt und verwandelt sich nicht ohne weiteres durch richterliches Ermessen in ein Abzugsrecht.

Einige Beispiele sollen dies veranschaulichen. Der Erbe hat dem Legatar gegenüber, welcher aus einem vindikationslegat ein dingliches Recht einflagt und von der anderen Seite dem Erben mit Rücksicht auf die Falcidische Quart etwas zu leisten hat, ein unbedingtes Retentionsrecht.

Regelmäßig mindert, wie wir wissen, das Falcidische Gesetz die Legate an und für sich ¹⁾. Wenn aber dem Legatar etwas vermacht ist, was keine Theilung zuläßt, z. B. eine Wegservitut, so hat er ipso jure Anspruch auf das ganze Legat. Allein nichtsdestoweniger muß die Quart des Erben unbedingt frei bleiben; dafür hat das Recht vor Allem zu sorgen. Er

1) Vergl. Seite 109, Anm. 1.

kann daher einen entsprechenden Geldbeitrag zu derselben vom klagenden Legatar verlangen, ehe er zur Leistung des Legats gezwungen wird. Ist der Kläger nicht bereit oder auch nicht im Stande, diesen zu prästiren, so wird er abgewiesen. Der Erbe wird nicht etwa genöthigt, um sich die Quart zu sichern, statt des legitirten Gegenstandes, den er zu leisten bereit ist, eine entsprechende, um den Betrag der Quart verminderte Geldsumme zu prästiren, deren Auszahlung ihm vom Erblasser nicht aufgegeben war, die ihm oft nicht leicht aufzubringen ist.

Fr. 5 §. 1 D. de exc. doli 44, 4.

Si cui legata sit via et is lege Falcidia locum habente totam eam vindicet non oblata aestimatione quartae partis summoveere eum doli exceptione Marcellus ait, quoniam suo commodo heres consulit 1).

Ähnliche Grundsätze mußten bei untheilbaren Legaten eintreten, wenn der eine testamentarischer Erbe gegen einen Notherben obgesiegt hatte, während der andere dem Notherben unterlegen war.

Fr. 76 pr. D. de legatis II. Papinianus libro 7 responsorum . . . libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset. quod non erit trahendum ad servitutes, quae pro parte minui non possunt — plane petitur integra servitus ab eo, qui filium vicit, partis autem aestimatio praestituitur, aut si paratus erit filius pretio accepto servitatem praebere doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem: exemplo scilicet legis Falcidiae.

1) Cfr. fr. 80 §. 1 ad leg. Falc. 35, 2. fr. 23 D. eod. fr. 76 pr. D. de leg. II.

Freilassungen sind untheilbar, sie sind besonders begünstigt und bleiben bei einer partiellen Testamentsrestitution ganz erhalten ¹⁾. Auch Servituten sind untheilbar; doch kann sich der Anspruch daran, wenn sich der Erbe nicht erbietet, *in natura* zu leisten, in eine Geldprästation verwandeln; und dabei kann er sich, wenn das Testament nur zum Theil bestehen bleibt, mit einer seiner Erbportion entsprechenden Quote loskaufen. Allein gezwungen kann er zur Leistung der *Litisästimation* nicht werden, wenn er zur Bestellung der Servitut selbst bereit ist. Und auch in diesem Falle kann er, da das Testament nur zur Hälfte besteht, und da er keinesfalls mehr zu leisten hat, als die Hälfte der Legate, vor allem Entschädigung für die Hälfte fordern, die dem *evincirten* Testamentserben zur Last gefallen wäre. Zahlt der Legatar diesen Beitrag nicht ein, so folgt völlige Abweisung. Besser, der Kläger, der *titulo gratuito* Anspruch erhebt, verliert, als daß dem beklagten Erben wider Willen größere Opfer, andere Leistungen auferlegt werden, als ihm durch den Erblasser aufgegeben sind.

In derselben Art ist Ersatzforderung wegen nothwendiger Verwendungen erzwingbar. Der Eigenthümer, der sich zu seiner Sache ziehen will, muß dieselben nothwendig vorher dem Besitzer ersetzt haben ²⁾. Hätte er doch die Ausgaben auch machen müssen, um sich sein Grundstück zu erhalten, wenn er im Besitze gewesen wäre. Demnach folgt auch gänzliche Abweisung des Klägers, nicht Abschätzung und Abrechnung, wenn dem Besitzer, welcher das von ihm *abvincirte* Grundstück aus dem Pfandnerus löste, die aufgewendete Summe nicht eingezahlt

1) Cfr. fr. 29 pr. D. de exc. rei jud.

2) c. 5 C. de rei vind. 3, 30.

wurde ¹⁾. Nicht anders verhält es sich, wenn der Besitzer das Grundstück eines Minderjährigen ohne Autorisation erwarb und der Kaufpreis zur Befriedigung von dessen Gläubigern verwendet wurde ²⁾, falls der Minderjährige aus dem Grundstücke allein seine Schulden tilgen konnte. Ebenso, wenn der Besitzer eines Sklaven die Litisästimation in einer Morallage prästirte ³⁾. Immer muß das Ausgelegte wirklich ersetzt werden, wenn der Eigenthümer nicht völlige Abweisung befehlen will.

Wenn also dem Beklagten ein Gegenanspruch zusteht, dessen gleichzeitige Berücksichtigung in der dinglichen Klage billig scheint, so kann er regelmäßig dessen wirkliche Erfüllung fordern, falls er seinerseits zur Restitution der fremden Sache bereit ist. Wenn der Kläger die Gegenforderung nicht tilgt, so folgt Abweisung; der Beklagte ist nicht genöthigt, eine Verurtheilung in die Litisästimation zu provociren, um sich durch einen Abzug den Werth des Gegenanspruchs zu salvidiren.

Dies findet sich nur bei einer Klasse von Ansprüchen, bei Ersatzforderungen wegen nützlicher Verwendungen. Wir haben schon oben gezeigt, daß hier häufig eine Collision von Interessen eintritt ⁴⁾, welche nicht leicht zu heben ist. Auf der einen Seite verlangt der gutgläubige Besitzer mit Recht Ersatz für Verbesserungen, welche der fremden Sache, dem Gegner zu gute kamen; es wäre unendlich hart, ihn aus dem Hause, das er auf fremdem Grund und Boden errichtete, von dem Felde, das er urbar machte, ohne Entschädigung

1) Fr. 65 pr. D. de rei vind. 6, 1. fr. 28 D. de pign. a. 13, 7.

2) Fr. 13 D. de rebus eorum 27, 10 (Papin.) u. a. a. D.

3) Fr. 11 D. de nox. act. 9, 4. fr. 27 §. 1. fr. 28 D. eod.

4) C. 155.

zu vertreiben. Auf der andern Seite ist der Eigenthümer oft nicht im Stande, die Auslagen des Besitzers zu ersetzen und es wäre ungerecht, ihm wegen Verbesserungen, die ohne seine Genehmigung und Autorisation gemacht sind, die Wiedererlangung seines Eigenthumes unmöglich zu machen. Demnach sprach man dem Besitzer nicht alles Recht ab, ebensowenig gab man ihm aber auch einen unbedingten Anspruch auf Einzahlung, wie bei den *impensae nec.*, die auch der Eigenthümer hätte machen müssen ¹⁾. Man räumte ihm geringere Befugnisse ein. Zuweilen verleiht man ihm bloß ein *jus tollendi*; der Kläger hatte diewendungen nur zu ersetzen, wenn er die Wegnahme nicht dulden wollte. Zuweilen versagte man ihm, wo diese nicht möglich war, jeglichen Ersatz; besser daß der Besitzer, dem doch sein Regreß gegen den Verkäufer offen stand ²⁾, unentschädigt bleibe, als daß der Eigenthümer seine Sache entbehre.

Unter Umständen aber schlug man, wenn der Eigenthümer diewendungen nicht ersetzen konnte oder wollte, einen Mittelweg ein; man verurtheilte den Beklagten zur einfachen *Litisæstimation* und gab ihm das Recht der *deductio*, die Befugniß, den Werth seinerwendungen von dem Werthe der vindicirten Sache abzuziehen. Der Beklagte erhielt dann doch Berücksichtigung seiner Gegenforderung, aber nur unter der Bedingung, daß er sich die Verurtheilung zur *Litisæstimation* gefallen lasse, der Kläger wurde nicht gänzlich abgewiesen, er mußte aber Geld statt der vindicirten Sache annehmen.

Fr. 28 D. de rei vind. 6, 1. Gajus libro 7 ad edictum provinciale.

1) Vergl. §. 157.

2) c. 9 C. de evictione 8, 45.

Forte quod pictorem aut librarium docueris, dicitur non aliter officio judicis aestimationem haberi posse,

Fr. 29. Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium, nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio consecutus sis propter artificium,

Fr. 30. Gajus, aut si ante denunciatum sit actori ut impensam solvet, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio ¹⁾.

Demnach soll namentlich ein Abzug dann stattfinden, wenn der angesprochene Sklave dem Eigenthümer verkäuflich war und dessen Preis etwa durch aufgewendeten Unterricht erhöht wurde, dann auch, wenn der Besitzer, dem sein Recht als zweifelhaft erschienen war, dem Eigenthumsprätendenten bereits angezeigt hatte, daß er den Sklaven unterrichten lassen werde und jener keine Einsprache erhoben hatte ²⁾.

Ähnlich entscheidet Celsus in dem bekannten fr. 38 D de rei vind. 6, 1 in Bezug auf die Verwendungen in ein Grundstück, daß eine Abschätzung der Sache, ein Abzug der Gegenforderung von dem Sachwerthe dann statthaben solle, wenn dem Eigenthümer die vindicirte Sache zum Verkaufe stand.

Doch ist dies Recht auf Ersatz der Verwendungen noch modificirt durch eine eigene Compensation des aus der Sache gezogenen Vortheils mit den aufgewendeten Auslagen, die wir noch mit wenigen Worten zu besprechen haben ³⁾. So sollen die Erziehungskosten eines Sklaven mit den von ihm dem Besitzer geleisteten Diensten kompensirt werden.

1) cfr. Cujacius ad h. leg. tit. de rei vind. ed. Mut. t. VII. S. 393.

2) Wie bei der Dotalklage voluntate mulieris gemachte Verwendungen zum Abzug berechtigen. Vergl. S. 156 n. 2 S. 157.

3) Daß auf der anderen Seite fructus immer nur deductis impen-

Fr. 32 D. de rei vind. Modestinus lib. 8 differentiarum.

Quod si artificem fecerit, post vicesimum quintum annum ejus, qui artificium consecutus est, impensae factae poterunt pensari.

Es ist hier nur auffallend, daß die Dienste des Sklaven erst vom fünfundzwanzigsten Jahre an in Anschlag gebracht werden sollen.

Cujacius ¹⁾ hat post quintum annum gelesen, weil schon von diesem Augenblicke ein Sklave Dienste leisten könne, fr. 6 §. 1 D. de operis serv. 7, 7. Indessen ein Sklave, dessen Lehrzeit in dieser Periode gerade beginnt, wird seinem Herrn noch nicht nützen. Wir müssen wohl annehmen, daß der Unterricht des Sklaven, an den hier Modestinus zunächst denkt, erst mit dem 25ten Jahre vollendet war, so daß er erst von da an seine Früchte trug.

So werden auch die Verwendungen auf ein Grundstück mit den gezogenen Früchten kompensirt, nicht nur mit solchen, welche dem Besitzer noch abgestritten werden könnten, sondern mit allen, welche er nach Verausgabung der Verwendungen lucrirt hat.

Fr 48 D. de rei vind. 6, 4. Papinianus libro 2 responsorum.

Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, neque ab eo qui praedium donavit, neque a domino peti possunt. verum exceptione doli opposita per officium judicis, aequitatis ratione ser-

sis herauszugeben sind, ist bekannt. c. 1 C. de fructibus 7, 51. Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumtibus deductis superest.

1) Observ. lib. 9 c. 38.

vantur; scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant, etenim admissa compensatione superfluum sumtum, meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Der Besitzer salvirt sich allerdings sein Recht auf Ersatz der Verwendungen durch exc. doli. Aber dieser Gegenforderung kann der Kläger dann wieder replicirend Compensation mit dem Werthe der vom Beklagten gezogenen Früchte, auch der vor der Litiscontestation konsumirten opponiren¹⁾. Der Jurist spricht nur von den vor der Litiscontestation gezogenen Früchten nicht deshalb, weil die nachher gewonnenen nicht aufgerechnet werden, sondern weil hier die Sache allein zweifelhaft scheinen konnte. Die Lesart Haloanders a lite contestata ist daher jedenfalls zu verwerfen²⁾.

Eine ähnliche Entscheidung fällt der Jurist in demselben Buche der Responsen.

Fr. 65 D. eod. Emtor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli mali posita non aliter domino restituere cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, quia pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit, nam eos usuris novis duntaxat compensari sumtum in praedium factorum exemplo aequum est.

1) Cfr. c. 16 C. de evict. 8, 45 impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione, restitui jubebit.

2) Vergl. überhaupt Cujacius resp. Pap. ad h. loc. Auch Brinz, Compensation S. 72.

Der Käufer eines Grundstückes, das er vom Nichteigenthümer erworben hatte, war vom Pfandgläubiger belangt worden und hatte denselben abbezahlt, um sich das erkaufte Grundstück zu erhalten. Wird ihm dieses später vom wahren Eigenthümer abvindicirt, so hat er nicht nur Anspruch auf Ersatz des an den Pfandgläubiger gezahlten Kapitals und der aufgelaufenen Zinsen, sondern auch der Zinsen, die er aus jenem Kapitale hätte ziehen können. Aber er soll nicht zugleich diese und die Früchte der befreiten Sache lucriren. Der Kläger kann fordern, daß er die gezogenen Früchte auf die Zinsen aufrechne ¹⁾).

§. 36.

Fortsetzung.

2. Abzugsrechte bei der Erbschaftsklage.

Eine weit größere Bedeutung als bei Singularklagen haben die Abzugsrechte bei der Erbschaftsklage. Man operirt bei derselben überhaupt mit einem Vermögen, das in Geld schätzbar ist und Geldabzüge sind demnach hier meist leicht zu effectuiren.

Vor allem können bei der Erbschaftsklage vom bonae fidei possessor Verwendungen aller Art zum Abzuge gebracht werden, und selbst der malae fidei possessor erhält den Ersatz nützlicher Auslagen. Ja der gutgläubige Besizer kann seine Ausgaben sogar dann liquidiren, wenn die Sache, auf welche sie

1) Eine ähnliche Entscheidung findet sich fr. 40 §. 1. de minoribus 4, 4. Ein Minderjähriger gab für die Schuld seines Vaters unüberlegt eine Sache an Zahlungsstatt, später läßt er sich restituiren, usuris pecuniae, quam constiterit ex tutela deberi, reputatis et cum quantitate fructuum perceptorum compensatis.

gemacht sind, nicht mehr existirt (omni modo impensas deducat, licet res non extet, in quam facit, sicut tutor vel curator, fr. 38 D. de her. pet. 5, 3). Es bedurfte nicht einmal der Einfügung einer exceptio doli. Die richterliche Gewalt allein reichte aus ¹⁾).

Aber darauf ist das Recht des Erbschaftsbesizers nicht beschränkt. Man gestattete ihm den Abzug überhaupt wegen aller Auslagen aus eigenem Vermögen, die in irgend einer Weise dem Erblasser, der Erbschaft, dem Erben zu Gute kamen. So kann der Erbschaftsbesizer, welcher dem Erblasser conditionis implendae causa aus eigenem Vermögen ein Monument errichtete, nicht nur eine a. neg. gest. anstellen, sondern auch nach Vorschüzung einer exc. doli einen Abzug bei der Herausgabe der Erbschaft machen. fr. 50 §. 4 D. de her. pet. 5, 3.

Der Grund des Anspruches liegt darin, weil der Erbe zur Errichtung des Monuments gezwungen wird, wenn der Erblasser nur irgendwie den Willen geäußert hat, daß ihm ein solches errichtet werde. Ebendeshalb gilt jene Errichtung durch den putativen Erben gleichsam als Tilgung einer Verpflichtung des Erben.

In einem ähnlichen Falle wird sogar geradezu von einer Compensation der für den Erblasser aufgewendeten Summe gesprochen.

c. 4 C. de her. pet. Imperator A. Vitaliano.

In restituenda hereditate compensatio ejus habebitur, quod te in mortui infirmitatem inque sumtum funeris bona

1) Fr. 31 §. 3, fr. 38, fr. 39 D. de her. pet. fr. 6 §. 1 D. si pars her. 5, 4; fr. 51 pr. D. de her. pet. 5, 3.

fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris P. P. Kal. Mart. Antonio Aug. A. IV. Balbino cons. 214.

Diese Auslagen müssen natürlich den Umständen angemessen (bona fide) geschehen sein; dann kann sie auch der m. f. possessor abziehen ¹⁾.

Der Abzug wegen Aufwendung bei Bestattungen wird noch öfter hervorgehoben. —

Auch kann der Erbschaftsbesitzer, welcher auf Grund eines ungültigen Testaments an den Erben, Legate aus seinem eigenen Vermögen ausgezahlt hat, in der Erbschaftsklage deren Werth bei der Restitution abziehen ²⁾.

Ja der bonae fidei poss. hat das Recht selbst an Dritte aus eigenem Vermögen gezahlte Legate in Abrechnung zu bringen, damit er nicht über die Bereicherung hinaus tenent set ³⁾. Wegen Zahlungen an die Gläubiger des Erblassers hat aber selbst der malae fidei poss. ein Abzugsrecht ⁴⁾, in diesen liegt ein Akt der Verwaltung, der ihm zugestanden wird.

Dabei wird auch erwähnt, daß der Erbschaftsbesitzer häufig das Recht, zuweilen selbst die Pflicht hat, den Betrag von Forderungen irgend welcher Art, die ihm an den Erblasser zustanden, bei der Restitution des Erbschaftsvermögens abzuziehen. Ulpian läßt sich darüber folgendermaßen vernehmen:

libro 15 ad edictum, fr. 31 §. 1 und 2 D. de her. pet. 5, 3. Sed et si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debet, maxime si id fuerit debitum, quod

1) Sinentis, gem. Civilrecht S. 583, Anm. 5; unrichtig Cujacius ad h. leg. loquitur haec lex de bonae fidei possessore.

2) Cfr. fr. 1 D. de relig. 11, 7; fr. 1 §. 13 D. eod.

3) fr. 17 D. de her. pet. 5, 3.

4) fr. 31 pr. D. de her. pet.

natura debebatur. — Quid tamen si expediebat petitori id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam causam? Potest dici ipsum sibi solvisse vel debuisse solvere. Justus autem possessor dubio procul deducere debet.

Man hat nicht selten geglaubt, in diesem Fragmente werde die Frage aufgeworfen, ob dem bonae und malae fidei possessor Compensation mit persönlichen Forderungen gegen die Erbschaftsklage gestattet sei ¹⁾. Und da Ulpian mit den Worten antwortet, man müsse annehmen, der Besitzer habe sich selbst bezahlt, so hat man dann weiter darin die Andeutung gefunden, daß Compensation überhaupt eine Selbstzahlung sei und darauf ganz eigene Systeme errichtet. Nichts ist indessen weniger gegründet. Der Jurist handelt von den Verwaltungsbefugnissen eines Erbschaftsbesizers und untersucht, ob ihm gestattet sei, eigene Forderungen, die auf dem verwalteten Vermögen ruhen, zu tilgen, wie er befugt ist, fremde zu berichtigen.

Wird uns doch auch vom Vormunde bezeugt, daß er als Vertreter des Pupillen sich die Forderungen, die ihm an dessen Vater zustanden, einzahlen könne, wenn Geld zur Zahlung im Pupillenvermögen vorhanden sei. Man wird auch dabei nicht von einer Compensation sprechen, da der zu leistende Gegenstand wirklich aus dem Vermögen des einen Theils in das des Anderen übergeht.

fr. 9 §. 5 D. de adm. tut. 26, 7, Ulp. libro 36 ad edictum. Tutor . . . sibi solvere potest, si modo fuit pecu-

1) Krug, Compensation S. 6. civ. Archiv Bb. 25 S. 221. — Auch Unterholzner, Obligationenrecht Bb. I. S. 548 bezieht diese Stelle auf eine Compensation; vergl. dagegen jetzt besonders Fuhr, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft. Bb. 1 S. 146.

nia, unde solvat, et si usurae fuerunt graviores, quae ei debebantur, relevabitur iis pupillus, quia tutor se potuit liberare, quia aliis quoque solvere et potuit et debuit.

Dieselbe Befugniß hat der negotiorum gestor, welcher ein ganzes fremdes Vermögen verwaltet ¹⁾.

Da nun auch der Erbschaftsbefizger eine ihm nicht gehörende Masse administriert, so lag die Frage nahe, ob ihm Gleiches gestattet sei. Ulpian distinguirt; der Praedo ist aus der angemasten Administration verantwortlich, zu Gute soll sie ihm nicht kommen; er soll sich daher nur zahlen dürfen, wenn Zahlung im Interesse der Erbschaft lag, und dann sogar zu derselben verpflichtet sein. Wer aber als gutgläubiger Besizer die Erbschaft innehatte, darf bei der Restitution seine Forderung immer abziehen und kann sie sich also noch im letzten Momente seiner Administration, wenn ihm die Erbschaft bereits abgesprochen ist, noch bezahlen ²⁾.

Man hat einen Widerspruch mit dieser Entscheidung in einem Ausspruche Papinians gefunden ³⁾.

Fr. 95 §. 8. D. de solut. 46, 3. Papinianus libro 28 quaestionum.

Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit et tantum ad eum pervenit, quantum si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem, non potest dici fidejussores liberari neque enim sibi solvisse credendum est, a quo hereditas evincitur.

1) Fr. 13, fr. 38 D. de neg. gest. 3, 5.

2) A. Anf. Sangerow, Leitzf. III. S. 348.

3) J. B. Krug, Compensation S. 48.

Man hat geglaubt, der Jurist spreche hier jedem Besitzer einer Erbschaft schlechthin das Recht der Selbstzahlung ab. Allein dies ist irrig. Die Stelle entscheidet nur, daß die Bürgen des Schuldners nicht dadurch befreit werden, daß der Gläubiger die Erbschaft des Schuldners besessen habe. Dies ist denn auch zweifellos. Die Selbstzahlung des Gläubigers, der in den Besitz der Erbschaft gesetzt wurde, ist regelmäßig ein Recht desselben und die Bürgen können ihren Gläubiger zur Ausübung dieser Berechtigung nicht zwingen, zumal nach klassischem Rechte, in welchem der Creditor die Wahl hat, sich vom Schuldner oder Bürgen Zahlung zu holen. Durch das Factum des Besitzes der Erbschaft sind demnach die Bürgen nicht liberirt; sie werden es erst dadurch, daß sich der Gläubiger wirklich bezahlt macht.

Daß Papinian einen Abzug wegen Forderungen an den Erblasser nicht für unstatthaft hielt, geht denn auch bestimmt hervor aus dem gewöhnlich übersehenen
 liber 6 respons. fr. 21 §. 1 D. ad S. C. Silanianum 29, 5.

Neptis, quae possessionem aviae petierat, mortem ejus interfectam sciens non defenderat, fideicommissum quod avia ex alio testamento nepti debuit in restituendis fisco bonis non esse deducendum placuit. si autem negligentia mulier emolumentum bonorum amiserit, fideicommissum esse *retinendum* integrato jure debiti rationis est.

Wer den Mord des Erblassers nicht verfolgt, verliert das Hinterlassene an den Fiskus; unterließ er aber die Anklage nur unwissend, nur aus Nachlässigkeit, so werden ihm die Forderungen restituirt, die er an den Erblasser hatte ¹⁾ und er kann

1) Fr. 17 D. de his, quibus ut indignis 34, 9.

sich daher für sie bei der Herausgabe der Erbschaft befriedigen, indem er einen entsprechenden Betrag abzieht.

§. 37.

**Spätere Aenderungen der Compensationslehre.
c. ult. C. de compens.**

Die eigenthümliche Stellung, welche sich die dinglichen Klagen der Compensation gegenüber in der klassischen Zeit bewahrt hatten, ist nicht unangetastet geblieben; in der folgenden Periode hat sich die Compensation auch hier größeren Einfluß zu verschaffen gewußt; Justinian hat diese Weiterbildung durch eine besondere Constitution anerkannt.

Ob wir auf dieselbe aber näher eingehen, haben wir einen Blick auf die Veränderungen zu werfen, welche überhaupt mit unserer Lehre in den drei Jahrhunderten, die dem Zeitalter der klassischen Juristen folgten, vorgingen. Zwar hat die Gesetzgebung auch noch jetzt, soviel wir wissen, nicht eingewirkt und eine schöpferische Jurisprudenz war nicht vorhanden, aber die Umgestaltung des gesammten Processes, der veränderte Geist, welcher das Recht durchzog, konnte nicht ohne nachhaltigen Einfluß auf die Compensation bleiben. Freilich findet sich keine fortlaufende Spur von dieser Fortbildung mehr; aber wir können sie wenigstens theilweise übersehen, da uns die justinianische Compilation ein so außerordentlich vollständiges Bild von dem Rechtszustande im sechsten Jahrhunderte gibt.

Es sind besonders zwei Tendenzen, welche sich überhaupt in dem Rechte der späteren Zeit in energischer Weise geltend zu machen wußten, deren Wirkungen auf unsere Lehre wir verfolgen können; einmal das Streben nach Vereinfachung des Rechts,

dann das allmälige Verdrängen der formellen Schranken und das Hervortreten des materiellen Rechts.

Nichts war dem älteren naturwüchfigen Rechte der Römer fremder als Uniformität, jede Rechtsidee manifestirte sich in den verschiedensten Gestaltungen, die theils dem Bedürfnisse des concreten Kreises, bei dem sie hervortraten, besonders angepaßt waren, theils den Stempel der allmäligen historischen Entstehung trugen. Es gab ein doppeltes Eigenthums-, ein doppeltes Erbrecht, vierfache Legatsformen; es fanden sich die mannigfachsten Arten von Bürgschaftsverträgen, es gab eine *a. receptitiae pecuniae* gegen den Wechsler neben der *a. pecuniae constitutae* ¹⁾; in dieser Menge von lebensvollen Erscheinungsformen wußte sich das klassische Recht mit Sicherheit zu bewegen, die gemeinsame Idee, die zu Grunde lag, herauszufinden, das Ganze mit Freiheit und Geschick zu beherrschen. — Aber diese Zeit war verschwunden und die Juristen konnten das reiche Gut, das ihnen die Früheren hinterlassen hatten, nicht bewältigen; man war genöthigt, eine Menge von Bestimmungen über Bord zu werfen, um nur das Nöthigste zu retten. Das mußte auch die Compensation erfahren. Und es erklärt sich nur so, warum die *compensatio* des Wechslers, deren Eigenthümlichkeiten auch bei verändertem Prozesse hätten erhalten werden können; noch mehr, warum die *deductio* des *honorum emtor*, die sich doch durch die für den Konkurs paßlichsten Bestimmungen empfahl, so ohne weiteres wegfiel. Die Veränderungen des Konkursverfahrens gab dazu den äußerlichen Anstoß. ²⁾ — Auch zwischen Compensation in strengen und freien Klagen unterschied man

1) §. 8 J. de act. 4., 6.

2) Siehe H. Dernburg, h. emtio S. 154 folgende.

Dernburg, Compensation.

nicht weiter. Es bedurfte einer *impetratio actionis* nicht mehr, noch der Zufügung einer *exceptio doli*, um den Richter zur Compensation kompetent zu machen¹⁾. Man mußte bei allen Klagen gleichmäßig die Compensationseinrede anrufen, wenn man ihre Anwendung wünschte; aber man that dies unter irgend einer beliebigen Formel, indem man entweder einfach Compensation oder *Debitio*, oder alterthümlich gefärbt, *exc. doli opponierte*²⁾. Das Institut der Compensation kam nun uniform zur Anwendung und schon dieses Streben nach Gleichmäßigkeit gab Veranlassung, dasselbe auch auf dingliche wie persönliche Klage auszudehnen.

Das Wegfallen der äußeren Schranken kam hinzu. Während früher der Prozeß binnen der Prätur, längstens in anderthalb Jahren geendet sein mußte, konnte er jetzt endlos dauern. Und so war bei dinglichen Klagen noch in der letzten Instanz, wenn die Identität mit einer Gegenforderung durch die im Prozesse festgesetzte Verwandlung des dinglichen Anspruches in eine Geldsumme hergestellt war, Raum zum Vorbringen von Compensationseinreden gegeben. — Dazu kam, daß nun alle Prozesse ohnedem durch ständige Richter ausgetragen wurden und nicht mehr vor Private verwiesen wurden, und daß es ohnehin die Aufgabe desselben Richters war, alle Prozesse zwischen den Parteien zu entscheiden; so schien es das einfachste und bequemste,

1) Die peremptorischen Einreden wurden nun zu jeder Zeit, so lange die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, auch in der Appellationsinstanz zugelassen, c. 4, c. 8 C. de exceptionibus 8, 36; c. 2 C. sentent. rescindi non posse 7, 50; vergl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. S. 263; etwa auch Sinteris, Ztschr. f. C. Bd. 18 S. 11 ffolde.

2) Daher bestimmt Justinian in c. 11 C. dep. 4, 34: *nullam compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat.*

die Rechtsstreitigkeiten der Parteien sofort vollständig zu erledigen. Daß es auf der anderen Seite nicht an Klagen über Schlen-
drian und Verschleppung fehlte, läßt sich denken. Und so wurde die Justinianische Constitution veranlaßt, welche einmal die allgemeine Uniformität der Compensation und ihren Eintritt bei dinglichen Klagen feststellte, andererseits in dem Requisite der Liquidität eine heilsame Schranke gegen den Mißbrauch schuf. Nur mit dem ersten Theile der Constitution beschäftigen wir uns vorerst.

c. ult. C. de compens. Justinianus Joanni P. P. Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus observanda.

Diese Neuerung wird in den Institutionen (§. 30 J. de act. 4, 6), welche vorher das ältere Recht schilderten, mit den Worten skizzirt:

sed nostra constitutio easdem compensationes, quae jure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque.

Es läßt sich nicht leugnen, daß der sonst oft so breite Justinian in dem ersten Theile unserer Verordnung außerordentlich wortfarg ist; es wäre vielleicht zu wünschen, daß er sich etwas mehr über seine Intentionen verbreitet hätte. Deswegen anzunehmen, es sei ein Theil seiner Verordnung verloren gegangen, ist völlig willkürlich. Er schrieb für seine Zeitgenossen, denen seine Worte zweifelsohne verständlich genug waren.

Desto dunkler schien die Sache den Neueren. Sie haben die verschiedenartigsten Erklärungen aufgestellt, in denen sich eben ihre verschiedenen Auffassungen von der Entwicklung der Com-

penstation, von ihrem Grundcharakter abspiegeln. Bethmann-Hollweg glaubt, Justinian habe durch unsere Constitution die Compensation per exceptionem doli, wie sie namentlich in strictis judiciis gewöhnlich war, abschaffen wollen; er geht davon aus, daß diese exceptio, wenn sie nur irgend begründet war, immer vollständige Absolution zur Folge gehabt habe, und nimmt an, erst seit unserer Constitution sei der Richter ermächtigt worden, die Forderung um den Betrag der Gegenforderung zu mindern. Das bezeichneten, wie er glaubt, die Worte ipso jure freilich sehr kurz und deshalb nicht scharf¹⁾. — Wir wissen indessen, daß die Voraussetzung dieser Ansicht unrichtig ist, auch nach Vorschätzung einer exc. doli konnte die Condemnation gemindert werden. Brinz meint, der Wille unserer Constitution sei, die Retentionseinreden sollten nun ipso jure bei dinglichen wie bei persönlichen Klagen ohne Vorschätzung einer exceptio beachtet werden²⁾. Auch diese Ansicht bedarf keiner Widerlegung mehr³⁾.

Die Mehrzahl unserer Juristen findet dagegen mit Recht die Bedeutung der Constitution gerade in der Ausdehnung des Compensationsrechts auf dingliche Klagen. Und daraus erklärt sich auf das ungezwungenste die Bestimmung, daß jetzt allenthalben compensationem ipso jure fieri. Sie soll nun überall ohne Rücksicht auf die Klaggattung, wo immer ihre objektiven Voraussetzungen vorhanden sind, nach den Grund-

1) Bethmann-Hollweg S. 278.

2) Brinz, Compensation S. 154, S. 110 Anmde, S. 142 Anmde.

3) Siehe die oben (S. 196) ange deuteten Gegen gründe. Gegen diesen Erklärungsversuch vergl. etwa auch noch Arn dt s, Pandekten §. 264 not. 7 am Ende, wo das prozessualisch und civilrechtlich Bedeutsame dieser Construction gut hervorgehoben wird.

fäßen des Rechts selbst zur Anwendung kommen. Es wird ausgesprochen und förmlich sanktionirt, daß ihre Existenz auch bei dinglichen Klagen nicht mehr von dem Ermessen des Richters abhängt, daß dieser zu ihrer Anwendung verpflichtet ist ¹⁾.

Aus dieser Zulassung der Compensation bei dinglichen Klagen folgt dann aber nicht, wie Manche, z. B. Merillius, Balett ²⁾ annehmen, daß heutzutage eine Spezieß mit einer Quantität kompensirt werden könne. Dies ist an und für sich undenkbar und beruht auf der völlig ungegründeten Hypothese, als habe Justinian, indem er hier einen allgemeinen Gesichtspunkt für die Compensation aufstellt, auch deren einzelnen Voraussetzungen alle aufzählen wollen.

Es versteht sich aber gerade umgekehrt von selbst, daß der Kaiser seine Bestimmung nur für den Fall trifft, in dem eben die Requisite der Compensation, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit vorhanden sind ³⁾. Und sie ist daher bei dinglichen Klagen nur möglich, wenn der Beklagte zur Leistung einer Geldprästation verpflichtet wird, sei es, daß er die angesprochene

1) Siehe §. 36.

2) Merillius, Variant. ex Cujacio lib. 2 cap. 4: consequens est, ut hodie corporis cum quantitate compensatio admittitur. observ. lib. IV. cap. 35; schon früher Duareni, comment. in Tit. soluto matrim. ad l. 7 §. 5. Dagegen argumentirt unter Andern Beloius, disput. de compens. Meermannii, thes. tom. IV. p. 731, 732, der aber gleichfalls in schwere Irrthümer verfällt. Die Behauptung des Duaren vertheidigt Balett, Abh. 3te Abh. „Nach dem justinianischen Rechte können auch solche Ansprüche, die auf ungleichartige Gegenstände gerichtet sind, gegeneinander kompensirt werden.“

3) Diese Auffassung hat die Glosse ad c. ult. Cod. h. t. Cujacius ad tit. Cod. de comp. Donellus ad c. ult. Noodt, comm. ad h. t. §affe, Arch. Bd. 7 S. 187. Krug S. 132. Puchta, Vorles. II. S. 136; und viele Andere. Was Brinz S. 148 einwendet, scheint uns nicht richtig; vergl. dagegen etwa fr. 52 D. fam. ere.

Sache *dolo desitit possidere*, oder daß er ohne zu besitzen *liti sese obtulit*, oder daß er dieselbe hartnäckig nicht restituirt und es zur *litisästimation* kommt, oder daß er für gewonnene oder vernachlässigte Früchte, natürliche wie bürgerliche, oder für Deteriorationen, die er sich zu Schulden kommen ließ, Vergütung zu leisten hat. Besonders wichtig mußte aber die allgemeine Zulassung der Compensation bei der Erbschaftsklage sein, bei der es sich so häufig um Geldprästation des Besitzers handelt ¹⁾. In der klassischen Zeit hätte man in diesen Fällen den Prozeß vorerst mit der Verurtheilung zur *litisästimation* abgeschlossen; dem Schuldner hätte dann später noch freigestanden, die *actio judicati* zu provociren und hier, wenn er sich der Gefahr, aufs Doppelte verurtheilt zu werden, aussetzen wollte, seine Gegenforderungen zu opponiren. Im Justinianischen Rechte war kein Grund mehr vorhanden, Compensation auf ein zweites Verfahren zu verschieben. Die Strafe des Doppelten für den Fall des Unterliegens in der *a. judicati* war weggefallen ²⁾, die alte Prozeßverfahren fand nicht mehr statt. Da verhandelte man offenbar zweckmäßiger über die Richtigkeit der Compensationseinreden in dem ersten Verfahren direkt bei der dinglichen Klage; die Verweisung auf die Verhandlung in der *a. judicati* hätte keinen Sinn mehr gehabt. Wie denn doch Justinian auf der anderen Seite durch das Erforderniß der

1) Gesterding, Ausbeute 3r Thl. VI. Ueber die Zulässigkeit der Compensation bei dinglichen Klagen, will S. 177, 192 nachweisen, an welchen dieser Fälle Justinian gedacht habe (!), und unterscheidet unsere allgemeine Compensation von den Fällen der *deductio* bei besonderen Gegenforderungen nicht scharf genug.

2) Rudorff, *Litisrescenz*, *Rtschr. für gesch. Rechtsw.* Bd. 14 S. 320 u. fgnde.

Liquidität, dem Mißbrauche, den das neue System mit sich brachte, zu steuern mußte, dies werden wir noch später zeigen. Auch hat er dem *perperam alienam rem occupantibus* seine neue Bestimmung nicht zu Gute kommen lassen.

Neben dieser Erweiterung der Compensation bei dinglichen Klagen haben aber die Deduktionen des alten Rechts ihren Platz doch behalten. Und es stellt sich demnach im neuesten Rechte die Sache folgendermaßen. Ist eine Geldkondemnation auszusprechen, so kann der Beklagte jederzeit Geldforderungen jeder Art auf dieselbe zur Abrechnung bringen. — Gewisse Gegenforderungen dagegen veranlassen von vornherein, auch wenn sonst eine Verurtheilung zur Restitution der Sache selbst erfolgen müßte, Abschätzung des vindicirten Objekts und geben dem Beklagten das Recht, von dessen Betrag den Werth jener Gegenforderungen abzuziehen ¹⁾.

1) Unrichtig Cujacius obs. 15 c. 12: hodie ex const. Justiniani nihil esse discriminis inter compensationem et deductionem.

Drittes Kapitel.

Das praktische Recht der Compensation.

§. 38.

Vorbemerkungen.

Es hat eines langen und mühevollen Weges bedurft, ehe wir zur Darstellung der praktischen Sätze der Compensationslehre gelangen konnten, deren Feststellung denn doch — wie wir gerne gestehen — wenn auch nicht den einzigen, doch den wichtigsten Theil unserer wissenschaftlichen Bestrebungen ausmacht. Aber wir hoffen, daß uns die bisherigen Erörterungen auch für diesen Zweck nicht fruchtlos waren, wir glauben, daß wir in ihnen die unentbehrlichen Werkzeuge für diesen letzten Theil unserer Untersuchung gewonnen haben.

Denn was bisher jede Darstellung schwankend und unbestriedigend machte und jede Zurückführung auf einfache Prinzipien verhinderte, das war die Unklarheit darüber, ob die Compensation ohne menschliches Zuthun im Augenblicke des Zusammenstehens von Gegenforderungen eintrete oder ob sie ein Einrede-recht sei, oder ob etwa beide Gesichtspunkte combinirt werden mußten. Nun ist aber festgestellt, daß die Compensation ihrer Natur nach bloß eine Einrede war, daß sie im klassischen Rechte bei strengen Klagen auch formell durch *exceptio doli* vermit-

telt wurde ¹⁾). Wir können nun getroßt von diesem Satze bei der Betrachtung des praktischen Rechts ausgehen. Das Prinzip, daß die Compensation ipso jure eintreten solle, kann uns daran nicht mehr stören, denn wir wissen, daß damit nichts Anderes bezeichnet sein soll, als daß die Compensationseinrede ein allgemeines Rechtsmittel der Parteien geworden ist ²⁾).

Beide Gesichtspunkte haben wir zu kombiniren und festzuhalten, denn auch jener Satz, daß die Compensation ipso jure haberi oportet hat nicht nur seine hohe historische Bedeutung, sondern wie wir schon oben andeuteten, den größten praktischen Werth ³⁾). Durch den Satz, daß die Compensation ein materielles Recht der Parteien ist, wurde es erst möglich, bestimmte Voraussetzungen der Compensation festzustellen. Und es ist selbst jetzt noch nothwendig, auf demselben fest zu fußen, wenn sich die formelle Seite, z. B. das Erforderniß der Liquidität der Gegenforderung, zu sehr hervorbringen will. Durch diesen Satz bestimmen sich aber auch die Wirkungen der Compensation, nur durch ihn erklären sich die darauf bezüglichen Entscheidungen der Quellen und auf ihn hat sich die Lösung anderer in denselben nicht entschiedener Fragen zu stützen.

Seit die Compensation ein Recht geworden ist, sind denn auch zwei Zeitpunkte streng zu sondern, einmal der Moment, wo ihre objektiven Voraussetzungen eintreten und die Parteien das Compensationseinrecht erwerben (Compensabilität);

1) Dies hat das 4te Kapitel des ersten Buches gezeigt, während das erste Kapitel diesen Beweis vorbereitete.

2) Dies Resultat wurde im ersten und zweiten Kap. dieses Buches erwiesen und schon zum Theil durch die Ausführung des dritten Kapitels des ersten Buches sichergestellt.

3) S. 313.

dann der Augenblick, in dem die Compensation, welche von einer der Parteien ins Leben gerufen wurde, durchgeführt ist, (durchgeführte Compensation.) Diese Momente verhalten sich ungefähr wie die Delation und die Abquisition einer Erbschaft. Der Erbe erhält durch die Delation bereits ein Recht, das ihm nicht mehr entzogen werden kann, aber vorerst nur ihm zusteht und nur ihn angeht; nicht ganz unähnlich verhält es sich mit dem Rechte auf Compensation. Durch die Abquisition aber wird dieses Recht erfüllt, und es wird nun erst auf die Rechte von dritten Personen eingewirkt; diese können sich erst jetzt auf jenen Vorgang berufen und beziehen. Gerade so wirkt die durchgeführte Compensation.

Demnach haben wir unsere Lehre nach zwei Richtungen hin zu betrachten. Wir haben erstens die Voraussetzungen der Compensabilität darzustellen, dann aber die Durchführung der Compensation zu betrachten und uns mit den Wirkungen der durchgeführten Compensation zu beschäftigen.

Vorher wollen wir uns aber bemühen, den Gedanken, welcher der Compensation zu Grunde liegt, etwas schärfer ins Auge zu fassen, als es uns bisher möglich war. Bisher konnten wir mehr zeigen, daß sie, als den Gesetzen der Billigkeit entsprechend, Eingang fand; jetzt müssen wir genauer untersuchen, worin die leitenden Prinzipien der Einführung der Compensation zu suchen.

§. 39.

Grundprinzip der Compensation.

Da bietet sich uns ein einfaches Prinzip als Leiter dar, welches denn auch bei Feststellung der einzelnen Fragen, die zur Sprache kommen können, von größter Wichtigkeit ist; Compensation ist eine Zahlung.

Auf diese Art hat schon Bartolus und Baldus die Tilgung der Forderungen durch Compensation erklärt ¹⁾, und noch die neuesten Schriftsteller gehen von dieser Anschauung ²⁾ aus; nur darüber streitet man, in welchem Sinne er aufzufassen ist, inwieweit ihm im Einzelnen praktische Gültigkeit beizulegen ist. Die Einen betrachten Compensation als eine Selbstzahlung des Gläubigers ³⁾, die Anderen als eine Zahlung des Schuldners an den Gläubiger.

Für die Behauptung, wonach Compensation Selbstzahlung des Gläubigers sei, hat man besonders zwei Pandektenstellen (fr. 34 §. 4 D. de her. pet. 5, 3. fr. 95 §. 8 D. de solut. 46, 3) anzuführen gewußt; beide beziehen sich jedoch, wie wir sahen, ausschließlich auf die Verwaltungsbefugnisse des Besitzers einer Erbschaft und handeln nicht von Compensation ⁴⁾.

Natürlicher, dem gemeinen Menschenverstande mehr einleuchtend, scheint die andere Erklärung, wonach der Schuldner

1) Bartolus in l. amplius non peti. Baldus in l. fin. C. de compens.

2) Vergl. Sangerow, Leiff. Vb. III. §. 618, Anm. 1. I. Arnolds, Pandekten §. 264: „es ist eine abgefürzte gänzliche oder theilweise Zahlung durch Aufrechnung beider Forderungen möglich, Compensation. Auch in Gesetzbüchern: öfterr. Gesetz §. 1438.

3) Krug, Compens. S. 6. Archiv Vb. 5, S. 212. Tellkampff Vb. 23 S. 301. Unterholzner, Schuldberb. I. S. 548. Heimbach, Weiske, Rechtslexikon Vb. 2, S. 723; dagegen Fuhr, Schunks Jahrb. Vb. 27, S. 113. Arch. f. pr. R. S. 144. Sangerow, Leiff. III. S. 348.

4) Vergl. S. 354 fgnde. — Wie der Verwalter eines Vermögens ist auch der Pfandgläubiger berechtigt, sich mit der eingenommenen Kaufsumme selbst zu zahlen. Dieses Recht der Selbstzahlung ist normirt durch die Vertragsbestimmungen über das Pfand, außerdem nach seiner Wahl ausübbar. Vergl. fr. 96 §. 3 D. de solut. 46, 3. c. 3 C. de luit. pign. 8, 31. fr. 73 D. de solut. 46, 3. fr. 101 §. 1 D. eod. fr. 13 §. 2 D. de pign. 20, 1. fr. 18 D. de pign. a. 13, 7. Wird hier von compensare gesprochen, so denkt man dabei an ein Nehmen an Zahlungsstatt.

den Gläubiger statt durch Geld durch Aufgeben seiner Forderung bezahlt macht. Fehlt auch die körperliche Hingabe, so erlangt, wie man behauptet, der Gläubiger doch im Resultat, was er durch einen wirklichen Zahlungsakt erhalten hätte, da er ja das Empfangene doch wieder zur Tilgung der Gegenschuld verwenden mußte. Es verhalte sich demnach, meint man, Compensation zur Zahlung, wie sich die *traditio brevi manu* zur *Tradition* stelle. Der körperliche Akt falle weg, der rechtliche Zweck werde erfüllt. Dieser Vergleichung verdankt die vielbeliebte Definition von Noodt ihren Ursprung, wonach *Compensation* eine *mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta* sein soll ¹⁾.

In Wahrheit zeigt sich aber bei näherer Betrachtung, daß diese Analogie nichts weniger als zutreffend ist. Bei der *traditio brevi manu* geht der Besitz des zu leistenden Gegenstandes durch den Willen der Contrahenten von dem einen Theile auf den anderen wirklich über; nur der körperliche Akt der Uebertragung, der schon früher vorgenommen wurde, wird nicht erneut. Bei der Compensation fehlt nicht nur der Akt der Hingabe, den man allenfalls noch entbehren könnte, sondern es findet sich auch kein Uebergang des zu zahlenden Gegenstandes, der offenbar unbedingte Voraussetzung jeder Zahlung ist. Es ist nicht einmal erforderlich, daß die wechselseitig schuldigen Summen, das zu liefernde Getraide, bei einer der Parteien wirklich existire. Ja Compensation wird gerade dann am wohlthätigsten wirken, am nothwendigsten sein, wenn sich bei beiden Theilen keine Zah-

1) Noodt ad Dig. h. t. Vergl. Bangerow darüber §. 618, Anm. 1 n. I. u. A.

lungsobjekte finden. Es fehlt am materiellen Substrat der Zahlung, von wirklicher Leistung kann also keinesfalls die Rede sein.

Man wendet wohl ein, wenn auch ein körperlicher Uebergang nicht erfolge, so müsse es doch für den Gläubiger gleichgültig sein, ob er wirklich Zahlung dessen empfing, was er wieder zurückzugeben hat oder ob mit ihm kompensirt werde. Und deshalb stünden beide Institute auf gleicher Linie, gelte Compensation als Zahlung. Allein auch diese Behauptung, welche denn auch zu den irrigsten Consequenzen führt, ist nicht richtig. Wir müssen uns im voraus gegen dieselbe verwahren. Der Gläubiger, welcher Effectivzahlung erhält, kann das Empfangene nach seiner Wahl zu den verschiedensten Zwecken benutzen. Er kann seinen Gegengläubiger damit wieder zahlen; er kann aber auch weit bringendere Bedürfnisse mit jenem Geld zu befriedigen haben. Man denke, er hat drückendere Schulden abzahlen, er leidet Mangel an Lebensmitteln, er bedarf eines Arztes, er hat einem Advokaten zur Durchführung eines wichtigen Prozesses Vorschüsse zu machen u. s. f. Es wird ihm in diesen und vielen anderen Fällen durchaus nicht gleichgültig sein, ob der Gegner zahlt oder kompensirt. Und der Grund der Compensation kann also auch darin nicht liegen, daß, wie manche Theoretiker annehmen, Compensation in ihren faktischen Wirkungen für den Gläubiger der Zahlung gleichstehe. Er findet sich vielmehr darin, daß es unbillig ist, vom Schuldner das zu verlangen, was man ihm wieder zu leisten hat ¹⁾.

Im Interesse des fordernden Theiles mag es sein, wirklich Geld zu erhalten, um damit mehr oder weniger bringende Be-

1) Auf solche *aequitas* führt die Compensation zurück: §. 30, §. 39

bürfnisse zu befriedigen; der Schuldner aber kann von seinem Standpunkte aus umgekehrt mit Recht verlangen, daß dies unmöglich gemacht werde; er kann fordern, daß man ihm nicht Zahlung abdränge, während sein Gegner nicht bereit ist zu leisten. Und dieser Zweck wird dann allerdings durch die einfache Operation des Abrechnens schneller und auf eine für beide Theile weniger beschwerliche Weise erreicht, als durch Herbeischaffung des Geldes und wechselseitige Zahlung hätte geschehen können.

Zwei Momente — ein inneres und ein äußeres — wirken also bei der Compensation zusammen. Die Identität beider Forderungen macht die Operation der wechselseitigen Aufhebung durch Abrechnung möglich; diese wird aber erst billig und zur rechtlichen Nothwendigkeit durch den tiefer liegenden Satz, daß dann, wenn sich gleiche Leistungen von beiden Seiten gegenüberstehen, kein Theil vom Anderen verlangen kann, was er diesem nicht unmittelbar zu leisten bereit wäre. *Dolo facit, qui petit, quod redditurus erat* ¹⁾.

Auch noch in anderen Instituten des römischen Rechts hat der Gedanke Wurzel gefaßt, daß man einem anderen leisten muß, was man von ihm fordert; so in dem Edikte: *quod quisque in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* ²⁾. Auch der *s. g. exc. non adimpleti contr.* liegt er zu Grund, da die Forderungen, die wechselseitig zu erfüllen sind, hier zwar nicht ihrem Objecte nach, wohl aber durch die gemeinsame Entstehung gleichartig sind. Am energischsten tritt er eben in den Compensationen zu Tage.

J. de act. 4, 6. fr. 18 D. de compens. c. 5, c. 6 C. eod. fr. 36 D. de adm. tut. 26, 7.

1) fr. 8 D. de doli mali exc. 44, 4. fr. 173 §. 3 D. de divers. reg. 50, 17.

2) Tit. Dig. Quod quisque juris 2, 2.

Haben aber die Römer nicht selbst Compensation als Zahlung aufgefaßt? Haben sie nicht selbst aus dieser Anschauung eine Reihe von Rechtsfällen hergeleitet? Es ist nicht zu leugnen, daß sich manche Aeußerungen finden, welche etwas Aehnliches zu besagen scheinen.

Uns scheint aber, daß damit nicht ausgesprochen werde, Compensation sei eine Abart der Zahlung, oder sie habe deren Voraussetzungen und könne in gleicher Art geltend gemacht werden, sondern nur, daß eine durchgeführte Compensation materiell die Wirkung einer Zahlung habe.

Wenn in c. 4 C. de comp. bestimmt wird *compensatio- nem pro soluto haberi oportet*, so heißt das, die Forderungen sollen in Folge der richterlichen Compensation ihren Wirkungen nach als abgethan gelten. Dasselbe wird von der vertragsmäßigen Compensation bezeugt:

fr. 4 D. qui pot. in pignore 20, 4. Pomponius libro 35 ad Sabinum. Si debitor, antequam a priore debitore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset et antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam priori creditori vendiderit, creditumque pensaverit cum pretio rei venditae dicendum est, perinde habere debere, ac si priori debitori pecunia soluta esset, nec interesse solverit an pensaverit.

Der Pfandschuldner schließt mit dem vorgehenden Pfandgläubiger einen Vertrag über Compensation der Pfandschuld mit einer neu entstandenen Gegenforderung. Durch diesen Vertrag ist der erste Pfandgläubiger abgefunden, auch Dritte, auch der zweite Pfandgläubiger können sich darauf wie auf Zahlung berufen. Nichts Anderes ist der Gedanke von Paulus:

fr. 19 D. de causa liberali 40, 12,

vel permutavit, vel compensavit eo nominè, nam et is dedisse intelligendus est.

Der Jurist erläutert das Edikt, wonach derjenige, welcher sich doloserweise als Sklave verkaufen ließ, dem Käufer das Doppelte dessen ersetzen mußte, was derselbe dem Verkäufer gegeben hatte (*dedit*) und bestimmt dabei, daß man dasselbe nicht zu eng interpretiren müsse, daß der wirklichen Hingabe dem Effekte nach eine durchgeführte Compensation gleichstehe.

Alles dieses ist sehr natürlich; denn soll die Compensation ihren Zweck erfüllen, so muß sie materiell doppelte Zahlung vollständig ersetzen. Und allerdings ist auch nicht zu leugnen, daß der Compensirende dem Gegner auch von seiner Seite ein Opfer bringt, das mit einer Zahlung verglichen werden kann. Es ist endlich nichts der Einrede der durchgeführten Compensation ausschließlich Eigenthümliches, daß sie wie eine wirkliche Tilgung wirkt. Gleiches findet sich bei einer Reihe von Einreden, so der *exc. jurisjurandi*.

Fr. 28 §. 4 D. de jurejurando. A fidejussore exactum jusjurandum prodesse etiam reo . . . quia in locum solutionis succedit¹⁾. So wird in fr. 72 D. de solut. dem Schuldner, welcher dem Gläubiger Zahlung offerirte, die dieser nicht annahm, eine *exceptio doli* zugestanden, wenn die Geldsumme später durch Zufall verloren ging. Und auch hier ist davon die Rede: *pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse*. Die Schuld gilt nun Allen, also auch einem zweiten Pfandgläubiger gegenüber als gezahlt.

1) Dieselbe Stelle fr. 76 D. de verb. sign. 50, 16. — fr. 27 D. de jurejur. 12, 2. *jusjurandum loco solutionis cedit*.

Erster Abschnitt.

Voraussetzungen der Compensation.

§. 40.

A. Gegenseitigkeit der Forderungen.

Zur Entstehung des Compensationsrechts ist vor Allem vorausgesetzt, daß der Schuldner selbst auch der Gegengläubiger sei; die Forderung eines Dritten kann nicht zur Compensation gebracht werden, auch wenn dieser einwilligt, daß sie dazu benutzt werde.

Dieser Satz, vielleicht zuerst bei der Compensation der Wechsler ¹⁾ ausgesprochen, ist allgemeines Gesetz der Compensation überhaupt geworden, wie dies besonders Gordian in einem Rescripte ²⁾ bezeugt.

Vielfach hat man die Consequenz, die Richtigkeit dieser Regel angezweifelt. Zasius findet sie bedenklich, weil er nicht einsehe, warum die compensatio hierin von der solutio verschieden sei. Voet ³⁾ hält sie mindestens nach dem *merum jus naturae et gentium* und der Billigkeit für ungerecht, da es gleichgültig sei, ob der Schuldner zahle oder kompensire. Carrach meint, die Regel sei nicht deutsch und schmecke nach römischer Subtilität ⁴⁾. Andere haben die Compensation hier dann für zulässig erklären wollen, wenn der Dritte ein Interesse dabei

1) C. 41. fr. 18 §. 1. D. de compensat.

2) c. 9 Cod. de compens. Gordianus A. Eumenidi. — Ejus quod non ei debetur, qui convenitur, compensatio fieri non potest.

3) Zasius ad §. 30 J. de act. — Voet ad tit. Pand. de comp. n. 8.

4) Carrach, diss. de differentiis juris Romani et Germanici in compensatione (I) C. 8.

habe ¹⁾; Krug wünscht wenigstens eine Aufhebung oder Beschränkung in legislativer Beziehung ²⁾).

Allein in der That fehlt hier der innere Grund der Compensation; das Verlangen des Schuldners, daß das, was er schuldet, zur Deckung dessen verwendet werde, was er zu fordern hat, ist recht und billig, weil man von dem Gegner nichts fordern soll, was man ihm nicht selbst zu leisten bereit ist. In anderen Fällen soll dem Gläubiger selbst die Bestimmung dessen verbleiben, wozu er den Ertrag seiner Forderung verwenden will, es soll nicht in der Macht des Schuldners stehen, ihn durch eine Compensationseinrede zu zwingen, denselben auf eine bestimmte fremde Forderung aufzurechnen, während der Gläubiger den Ertrag zu anderen nöthwendigeren Zwecken, etwa Deckung einer drückenderen Schuld, verwenden will ³⁾).

Und wenn auch ein solches Resultat indirekt durch Cession an den Schuldner bewirkt werden könnte, so ist immer noch ein wichtiger Unterschied. Falls der Schuldner, Numerius, eine ihm vom Tertius cedirte Forderung an den Ugerius zur Compensation bringt, kommt diese vollständig zur Beurtheilung des Richters, sie kann möglicherweise verworfen werden und

1) Mevius, *de. pars. II, dec. 217.* Brunne mann ad l. 18. Lauterbach, *collegium pand. ad h. tit. §. 9.* Ankelmann, *de compensatione et de debito tertii compensando* S. 32.

2) Krug S. 150, Anm. 330.

3) Vergl. oben S. 371. Sehr gut auch Kolligs (*praes. Bodmann*), *de debito tertii compensando*, Mogunt. 1791 gegen jene doctrinären Theoretiker (S. 5), *certe inter naturalem alterius numerationem et compensationem a persona alterius objectam multum ad utilitatem creditoris interest, nam creditor cui pecunia numeratur accipit, cui pecunia compensatur, nil accipit.* Ueberhaupt zeichnet sich diese Dissertation vor den Anderen vortheilhaft aus.

damit ist ihre Nichtexistenz für immer festgestellt; Agerius, durch *exc. rei judicatae* gesichert. Hätte Tertius die Forderung aber bloß behufs einer Compensation abgetreten, so müßte sich Agerius immer noch später eine Klage durch den Tertius gefallen lassen, wenn auch dem Numerius gegenüber deren Nichtexistenz anerkannt war. Von den prozessualischen Schwierigkeiten des Hereinziehens einer dritten Person in den Prozeß, die mit demselben gar keine Beziehung hat, wollen wir nicht einmal reden ¹⁾.

Unser Grundsatz findet vor allem eine konsequente und natürliche Anwendung bei Vertretungsverhältnissen und zwar nach einer doppelten Richtung hin. Der Schuldner des Vertretenen kann Gegenforderungen, die ihm gegen einen Vertreter desselben persönlich zustehen, der von diesem in fremdem Namen angestellten Klage nicht opponiren; umgekehrt kann der Vertreter des Beklagten dem Kläger Compensation mit eigenen Forderungen nicht entgegensetzen; ebensowenig muß er sich Abrechnung mit solchen durch den Gegner gefallen lassen.

1) Der erste Theil dieses Satzes ist ausdrücklich von Paulus in einem Responsum ausgesprochen:

libro 9 responsorum, fr. 23 D. de compensat.

Id quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet.

1) Im englischen Rechte ist denn auch der Grundsatz vollständig und streng anerkannt: Burge on colonial and civ. law. Bd. III. S. 813. The mutual debts must be due in the same right and therefore a person cannot set off a demand in his own right against me for which he issued as executor.

Gleiches muß von dem Curator, dem Vermögensadministrator, dem Procurator gelten. Es läge in der Zulassung solcher Compensation eine nicht zu rechtfertigende Benachtheiligung des vertretenen Gläubigers¹⁾. Dieser kann durchaus darauf bestehen, durch Vermittlung seines Procurators Zahlung zu erhalten. Er kann keinesfalls für verpflichtet erachtet werden, mit seinen Forderungen Schulden des Vertreters zu decken; durch solche Compensation würde ihm sein Procurator, Tutor als Schuldner unterschoben, was ihm zuweilen unvortheilhaft sein wird, wozu er jedenfalls nicht verpflichtet werden kann²⁾.

2) Dagegen wurde der Defensor im klassischen römischen Rechte, falls er den Prozeß übernahm, nach den Grundsätzen des klassischen Prozeßrechts häufig Selbstschuldner des Klägers und in solchen Fällen konnte er sich natürlich dem Verlangen des Klägers, welcher die Condemnationssumme mit einer Schuld an den Defensor aufrechnen wollte, nicht entziehen. Dies war immer der Fall, wenn die a. judicati direkt gegen den

1) In den Fällen, in welchen der Procurator in des Vertretenen Namen kontrahirte, erwirbt dieser die Forderung und es können daher dem Procurator eigene Schulden nicht entgegengestellt werden. (Heidelsb. krit. Ztschr. Bd. 1 S. 1 fignde.). Doch tritt der Verkaufskommissionär regelmäßig nicht als Mandatar, sondern als selbständiger Kaufmann auf (Gerber, deutsch. Privatrecht §. 199) und es können daher seine Schulden der Forderung auf den Kaufpreis opponirt werden. Casaregis discours. 76 n. 2 disc. 135 macht eine Ausnahme im Falle des Konkurses des Commissionärs. Auch das englische Recht nimmt dies an; vergl. Burge on colonial law Bd. III. S. 803, not. 9, wenn der Käufer nicht vor der Perfektion des Contractes erfuhr, daß er nur mit einem Vertreter zu thun habe, law dictionary by Tomlins v. set off.

2) Gleichwohl entscheidet Voet, ad Pand. h. t. n. 8 das Gegentheil, offenbar falsch. Ebenso unrichtig ist die Entscheidung Faber, cod. def. Sab. de comp. 4, 32; dec. 17. — Richtig preuß. L. R. h. t. §. 331 u. §. 332.

Defensor gerichtet werden konnte, nicht aber beim cognitor, beim procurator praesentis, beim Vormund¹⁾).

Heutzutage wird regelmäßig der Vertretene selbst und nicht der Vertreter persönlich verurtheilt, der Kläger kann also seine Schulden an den Vertreter regelmäßig nicht auf die Urtheilssumme abrechnen lassen; dagegen kann er natürlich immer noch in solchen Fällen, in denen Jemand aus besonderen Gründen nicht nur die Verttheidigung, sondern auch die Schuld übernahm und sich persönlich verurtheilen läßt, seine persönliche Schulden an den Defensor mit der von diesem übernommenen Schuld kompensiren.

Umgekehrt kann der Defensor dem Kläger eine Compensation seiner persönlichen Gegenforderungen wider dessen Willen nicht entgegenstellen, wenn er auch bereit ist, die Schuld des Vertretenen zu übernehmen. Dies hat auch der franz. Cassationshof in folgendem Falle entschieden.

Desmazuress, der eine Lieferung für den Staat übernommen hatte, ließ diese durch Cabaugade ausführen und wurde diesem dafür 12000 Franks schuldig. Später übernahm er eine zweite Lieferung und verpachtete sie an Delille, welcher dabei versprach, jene erste Schuld an Cabaugade zu übernehmen. Delille stellte Cabaugade bei der Ausführung des Geschäfts als Commis an; dieser aber fügte ihm durch seine Nachlässigkeit den Verlust von 10000 Franks zu. — Als nun Cabaugade aus dem ersten Lieferungsgefchäfte gegen Desmazuress auf die schuldigen 12000 klagt, ruft dieser seinen Garanten Delille in den Prozeß, welcher denselben übernehmen, dabei aber seine Gegenforderung, die er an Cabaugade

1) Vergl. Keller, röm. Civilprozeß S. 230.

aus dem zweiten Geschäfte hatte, kompensiren will; der Gerichtshof verwarf diese Compensation ex debito tertii ¹⁾.

Gegenforderungen an den Vertretenen selbst können natürlich immer dessen Forderungen entgegengesetzt werden. Dieses Recht kann dem Schuldner nicht dadurch verkümmert werden, daß die Administration des Vermögens seines Gegners unter Mehreren vertheilt ist; und selbst wenn die Tutelgeschäfte durch obrigkeitliche Anordnung verschiedenen Vormündern zugewiesen wurden, können die zur Verwaltung des einen Vormunds gehörigen Forderungen des Mündels mit den Schulden, deren Tilgung in den Geschäftskreis des andern gehören, kompensirt werden ²⁾.

§. 41.

Fortsetzung.

Der Satz, daß das Compensationsrecht im Augenblicke der Gegenseitigkeit der Forderungen entsteht, bedarf noch näherer Bestimmung, indem es sich häufig fragen wird, ob eine zur Compensation gebrachte Forderung wirklich als Gegenforderung zu betrachten ist, und der Einfluß mancher Ereignisse, welche die einmal vorhandene Gegenseitigkeit wieder aufheben, zu erwägen ist.

I. Der Erbe übernimmt Forderungen und Schulden, wie sie dem Erblasser zustanden. Er muß sich daher die Compensationseinreden, die dessen Forderungen entgegenstanden, gefallen lassen, sie können durch den Todesfall nicht berührt werden ³⁾.

1) Journal du Palais tome XIX. 20. Juillet 1825. Dieß. Entsch. Huber, praelect. ad Pand. n. 9 u. 10. Dagegen fehlt es nicht an vielen prinzipiellen Entscheidungen anderer Schriftsteller. Richtig Krug, S. 152.

2) Fr. 36 D. de administr. et peric. tutorum. Vergl. §. 312.

3) c. 3 C. de contr. judicio tutelae 5, 58.

So unzweifelhaft richtig dieser Satz ist, so findet sich gleichwohl eine Entscheidung, welche mit demselben durchaus nicht übereinzustimmen scheint:

Papinianus libro III. quaestionum. fr. 46: D. de compensat.

Quum militi castrensiū honorum alius, ceterorum alius heres extitit et debitor alteri heredum obligatus vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur.

Man führt diese Bestimmung durchgängig zur Illustration des Satzes auf, daß man Forderungen an einen Dritten nicht zur Compensation auf Ansprüche seines Gläubigers herbeibringen kann¹⁾; aber allein durch diesen ist dieselbe offenbar nicht erklärt. Der Soldat hat bei seinen Lebzeiten nur ein Vermögen; sein nichtmilitärisches Gut haftet für im Lager kontrahirte Schulden und umgekehrt; ohne Zweifel konnten daher während seines Lebens nichtmilitärische Schulden militärischen Forderungen zur Compensation entgegengesetzt werden. Bei seinem Tode kann er freilich für castrenses und ceterae res getrennte Erben einsetzen, und dabei überkommt der eine Erbe die im Lager kontrahirten, der andere die übrigen Schulden²⁾. Die Compensationseinreden aber, die dem Erblasser bereits entgegenstanden, sollten doch, möchte man meinen, durch diese Anordnung dem Schuldner ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden können; dennoch verwirft Papinian ihre Zulassung.

In der That erscheint dies aber nur als Folge unseres erorbitanten Privilegs. — Der Gläubiger, welcher dem Sol-

1) Cujacius, quaest. P. p. ad h. loc. Krug, Compens. S. 149. Reuner, inst. ex re certa S. 498.

2) Fr. 17 §. 1 D. de test. mil. 29, 1.

daten, der ein bedeutendes nichtcastrensisches Vermögen besaß, im Lager creditirte, mußte, wenn der Soldat verstarbt und etwa ein Commilitone seine wenigen militärischen Habseligkeiten als Erbe in Besitz nimmt, sich an diesen halten, ohne daß er den Erben der ceterae res, welche ihm früher hafteten, noch angehen konnte ¹⁾. Er hat also in Folge des ihm bekannten Privilegs des Soldaten die Erbschaftsmassen zu trennen, gewissermaßen von vornherein ein durch den letzten Willen zu beschränkendes Recht aus dessen Gesamtvermögen Befriedigung zu erhalten. Und so mußte er denn auch das Compensationsrecht auf nichtcastrensische Schulden von vornherein als möglicherweise durch die Ausübung jenes Privilegs anfechtbar betrachten ²⁾. Daher glaubte man ohne Rücksicht auf den Dritten daran, festhalten zu dürfen, daß die beiden Erbmassen nun als quasi duorum hominum duas hereditates gelten mußten. Auch mußte die

1) Nur im Falle, wo der eine Erbe nicht antritt, hat der andere, dem dessen Erbtheil an und für sich nicht accrescirt, die Verpflichtung, die auf demselben ruhenden Schulden zu übernehmen, wenn er nicht die ganze Erbschaft aufgeben will, fr. 17 §. 1 cit. — Da die Gläubiger benachtheiligt werden, so können wir nicht mit Meunier annehmen (S. 500 u. fgnbe.), daß das für res castrensos Geltende, sich auf Vermögenscomplexe aller Art bezieht, wie denn auch fr. 17 pr. dagegen spricht.

2) Unsere Stelle hat mich viel beschäftigt und manche Erklärungsversuche veranlaßt. U. A. hat der in dieser Materie speziell bewanderte Forscher die Ansicht angeregt, daß der Erbe den Erblasser nach dem Erbschaftsantritte als von jeher auch schon vor dem Tode repräsentirend gebacht werden müsse, daß man also, wenn verschiedene Erbmassen gebildet würden, annehmen müsse, es hätten schon vor dem Tode zwei Personen bestanden, so daß die Forderungen als niemals gegeneinanderstehend zu betrachten seien. Dies ginge zu weit. Wenn wir diese Ansicht adoptirten, käme man u. A. zur Consequenz, daß Forderungen des Erblassers und Schulden des Erben, da rückwärts ihre Person als eine gälte, auch schon als vor dem Tode kompensabel zu betrachten seien, was gewiß nicht thunlich ist.

Zulassung der Compensation deshalb unpraktisch scheinen, weil ein *l. fam. erciscundae iudicium* zur Theilung der Erbmassen nicht bestand und der Erbe, den die Compensation traf, ein Rechtsmittel gegen den anderen Erben, der durch dieselbe einer Schuld entbunden wurde, nicht gehabt hätte. Jedenfalls beruht übrigens unsere Entscheidung auf singulärer Voraussetzung und ändert an dem aufgestellten Principe nichts.

Der Erbe als Repräsentant des Erblassers muß sich aber auch im Verhältnisse der Rate seiner Erbportion die Anrechnung von transmissiblen Erbschaftsschulden auf eigene Forderungen gefallen lassen, wie er transmissible Erbschaftsforderungen, soweit sie auf ihn übergehen, auf persönliche Schulden zur Anrechnung bringen kann ¹⁾. Dies Recht erhält er vom Augenblicke des Erwerbs der Erbschaft an, und dies kann denn auch nicht etwa durch eine Fiktion auf den Augenblick des Todes zurückgezogen werden ²⁾.

Nicht ohne Schwierigkeit ist die Sache, wenn der Erbe *sub beneficio inventarii* antritt. Die Compensabilität von gegenseitigen Forderungen und Schulden des Erblassers selbst bleibt dadurch natürlich unberührt. Auch den Forderungen des Erben gegenüber ist die Compensation aus Forderungen an den Erblasser gestattet ³⁾, da die Inventarerrichtung eine

1) Nach preuß. Recht *f. nomina*, nicht *ipso jure* getheilt; nichtsdestoweniger kann man den Schulden an die noch ungetheilte Erbschaft Forderungen an den Miterben nach Verhältniß von dessen Erbtheil entgegensetzen, h. t. §. 308, was freilich so inkonsequent als unzuweckmäßig ist. Koch, Recht d. Forw. Bb. 2, S. 646.

2) a. Anf. Prug S. 165. Sintonis, gem. Civlir. Bb. II. S. 414. Toullier tome VII. ch. V. n. 380.

3) Prgl. Anton Faber, Cod. Sab. IV, 23 def. 9. Carpov, pr. for. p. I. c. VIII. def. 8. Mevius, pars 1, dec. 124. Prug,

Separation der Güter des Erblassers und des Erben nicht bewirkt; allein sie ist nur insoweit zuständig, als der Erbe Erbschaftsgut in Händen hat, da er nur insoweit aus Erbschaftsforderungen ¹⁾ haftet. Ist es noch ungewiß, ob und inwieweit er etwas erhalten wird, so ist er noch nicht tenent und er kann zur Compensation nicht gezwungen, auch eine Caution von ihm nicht verlangt werden ²⁾.

Auf etwaige andere Gläubiger, die sich noch nicht gemeldet haben, ist vorher keine Rücksicht zu nehmen, da der Erbe die Creditoren, wie sie sich melden, befriedigt; ob dieselben später eine Rückforderungs-Klage haben, wenn die nachstehenden Gläubiger ihre Forderung durch Compensation mit dem Erben sal-

Comp. S. 165 u. 166. — Anders nach franz. Rechte, art. 802, wo die Inventarerrichtung dem Erben das *beneficium* gibt, *ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession*, wonach er sich nicht Compensation mit Erbschaftsschulden gefallen lassen, wohl aber Erbschaftsforderungen zu solcher benutzen darf. Gut u. a. Toullier l. c. (tome VII. n. 380.)

1) Daher ist jedenfalls der Erbschaftsgläubiger befugt, das Kaufgeld, welches er dem Beneficialerben für erkaufte zum Nachlasse gehörende Grundstücke schuldig wurde (Erbschaftsgut), mit seiner an den Erblasser habenden Forderung zu kompensiren. Präjudicium des Geh. Obertrib. v. Seligo u. s. w. Pr. 397, S. 90. Man hat die Frage „wunderlicher Weise“ (siehe darüber Koch, Recht der Ford. Bd. 2 S. 643) aufgefaßt, ob man Schulden an den Erblasser mit Forderungen der Nachlassmasse ohne Caution kompensiren dürfe. Hätte indessen der Beneficialerbe eine bevorzugte Forderung an den Erblasser gehabt, etwa wegen Illation der Dos, so könnte Compensation nur soweit stattfinden, als diese sich anderweit aus der Erbmasse decken ließe. Daher ist das von Fuhr, Arch. f. p. Rechtsw. 1, S. 153 mitgetheilte Erkenntniß des D. A. G. zu Darmstadt unrichtig.

2) Dies nimmt irriger Weise Faber, cod. Sab. IV. 23, def. 9 n. 10 und Kolligs, diss. cit. S. 33 an; das preuß. L. R. ist ihm (zum Theil) h. t. §. 312 darin gefolgt.

virten, entscheidet sich danach, ob man solche Rückforderungs-
klagen überhaupt zuläßt.

Der Beneficialerbe kann seinen Gläubigern Compensation
mit Erbschaftsforderungen opponiren. — Melben sich soviel
Erbschaftsgläubiger, daß ein Conturs über das Erbschaftsver-
mögen eröffnet wird, so verliert er dies Recht.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Gläubiger das
beneficium separationis erlangt haben; sie können dann ihre
Forderungen an die Erbmasse den eigenen Forderungen des
Erben gegenüber nicht kompensiren und der Erbe kann sich auf
Erbschaftsforderungen zur Deckung eigener Schulden nicht be-
rufen; es seien denn die separirenden Gläubiger bereits befriedigt.

II. Compensation bei Cessionen und beim Uebergang von a.
utilis. Wenn auch das römische Recht daran festgehalten hat,
daß der eigentliche Gläubiger auch nach der Cession der Cedent
sei, so war doch der materiell Berechtigte der Cessionar, dem
die Ausübung überlassen wurde und so hat es diesem das Com-
pensationensrecht mit einer bereits zum Prozeß gebrachten For-
derung gestattet.

Papinianus libro III. responsorum, fr. 18 D. de
compens.

In rem suam procurator datus post litis contestatio-
nem si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis
utetur.

Der Litiscontestatio steht gehörige Denuntiation an den
Schuldner gleich ¹⁾. Das römische Recht hat sich also liberaler

1) c. 3 C. de novat. Schon Azo, Summa ad Cod. h. t. Glasse
ad fr. 18 D. h. t. — Cujac. obs. 24 c. 37. u. A. ergänzen in Gedan-
ken etiam.

entwickelt, als das englische, welches gleichfalls daran festhält, daß die Cession nur the beneficial interest überträgt, daß der Cessionar nicht befugt ist, in eigenem Namen zu klagen, sondern wie ein attorney im Namen des Cedenten ¹⁾ klagen muß und daraus schließt, daß ihm Compensation versagt sei.

Da nun aber der Schuldner möglicherweise auch gegen den Cedenten Forderungen erworben haben kann, so ergeben sich daraus eine Reihe von Combinationen.

1) Dem debtor cessus kann durch die Cession und die sich anschließende Insinuation das einmal erworbene Recht auf Compensation mit einer Gegenforderung an den Cedenten nicht entzogen werden; er kann daher auch dem Cessionar jede kompensable Gegenforderung, die ihm bis zum Augenblicke der Insinuation an den Cedenten erwachsen war, entgegenstellen ²⁾.

1) Tomlins law — dict. v. set off. The legal debt is due to the obligee and not to the defendant. Story, equity jurisprudence II. S. 668.

2) Ein Zusatz zur accursischen Glosse war freilich dagegen: gl. et non in fraudem ad l. 34 D. de procur. „et credo quod non“ Zuerst gestattete Dynus, ad reg. is qui in jus. in comm. juris pontif. dem Cessus die Einrede als eine rei cohaerens. Später wurde ihre Zulassung eine vielbesprochene Streitfrage. Besonders unterschied man, Cession und Delegation verwechselnd, ob die Cession tit. oneroso oder lucrativo vor sich gegangen war und gestattete nur im letzteren Falle Compensation. Faber, Cod. def. Sab. 4, 23; def. 3. Mevius p. 4, dec. 140 und viele A. Nach der Theorie, die Brinz vertheidigt, könnte freilich der debtor cessus Forderungen an den Cedenten nicht kompensiren und es wären überhaupt fast alle in unseren Paragraphen vertheidigten, in der Natur der Sache begründeten und im Wesentlichen von der Praxis adoptirten Sätze unzustosfen. So verwirft er denn auch die Compensation im Confurs mit Forderungen, die gegen den Creditor bereits kompensabel waren. Bl. für Rechtsanwendung Bd. 15, S. 81; „ich werde gegen den Masselurator, entweder gar nicht kompensiren dürfen und unter Vertröstung meiner Forderung auf bessere Zeiten die ganze Schuld

Der Cessionar kann der Gegenforderung dann natürlich wieder alle Einreden opponiren, die dem Cedenten zustanden. Und so kann denn auch der Cessionar die Replik der Gegenkompensation, womit der Cedent selbst die vom Beklagten zur Compensation gebrachten Gegenforderungen wetttschlagen konnte, zur Hand nehmen, wenn ihm auch die Forderungen, auf welche sich die Replik gründet, nicht cedirt sind. So hat auch das bad. Oberhofgericht entschieden ¹⁾).

Es läßt sich dagegen aber freilich mit Schein einwenden, daß der debitor cessus durch ein solches Verfahren benachtheiligt werde; denn er kann an und für sich dem später klagenden Cedenten die Einrede der Rechtskraft wegen der vom Cessionar zur Compensationsreplik vorgebrachten Forderungen nicht entgegensetzen; er hat also den Prozeß zum zweitenmale mit dem Cedenten zu führen, was namentlich von Bedeutung sein wird, wenn dem Cessionar gegenüber die Existenz der Forderungen an den Cessus verworfen wurde. Allein hier möchte einer der Fälle sein, wo dem Dritten, dem Cedenten, welcher vom Prozeß wußte und ihn führen ließ, ohne zu interveniren, die *exceptio rei judicatae* entgegensteht ²⁾. Und es käme also, falls dem debitor cessus daran gelegen ist, auch dem Cedenten gegenüber ein rechtskräftiges Urtheil zu erhalten, nur auf ihn an, diesen von dem obschwebenden Prozesse zu benachrichtigen.

in die Masse zahlen müssen oder höchstens nur gegen einen Theil kompensiren.“ Alles dieses beruht auf völliger Verkennung des Gedankens des Compensationsrechts.

1) Jahrb. des bad. Oberhofger. 1843, S. 41; auch Seuffert, Archiv I. 30.

2) fr. 68 D. de re judicata 42, 1.

Eine wichtige, in Theorie und Praxis gleich bestrittene Frage ist, ob dem debitor cessus das Recht zustehe, dem Cessionar gegenüber Gegenforderungen an den Cedenten, die vor der Insinuation erigibel waren, auf eine zur Zeit der Insinuation noch nicht fällige cedirte Forderung zu kompensiren. — Der französische Cassationshof ¹⁾ entschied, daß der Miether, welcher aus dem Miethkontrakt eine Pönalforderung an den Vermiether hatte, diese auf das zu entrichtende, vor dem Fälligwerden cedirte Miethgeld nicht kompensiren dürfen. Andere gingen von der entgegengesetzten Ansicht aus. So u. a die sächsischen Gerichte, welche namentlich auch im Konkurs die Zulässigkeit der Compensation einer erigibeln Forderung auf eine noch nicht verfallene Post, die an die Masse überging, zuließen ²⁾.

Die letztere Auffassung scheint uns in allen Fällen richtig, in welchen ein Termin zu Gunsten des Schuldners gegeben war; wie er schon das Recht hatte zu zahlen, so hatte er das Recht zu kompensiren, das ihm nicht mehr entzogen werden kann. Der Cessionar kann sich nicht auf den bloß zu Gunsten des Gegners gegebenen Termin berufen ³⁾. War dagegen die Gegenforderung des Cessus an den Cedenten vor der Insinuation noch nicht fällig, so stand ihm ein Compensationsrecht

1) Journal de palais 19. mai 1835, cour de cass. Bd. 32. In gleichem Sinne hat sich ein Urtheil der Hallenser Juristenfakultät ausgesprochen. Mühlensbruch, Cession S. 612, und neuestens wieder Stuttg. D. Trib., 4. Febr. 1853. Seuffert, Archiv Bd. 6, n. 177.

2) J. B. sächs. Wochenblatt für 1848 S. 7 u. a. a. D. Ebenso cour de Bruxelles, Journal du Palais index tome IV. 108.

3) Dagegen Prug, Compens. S. 170. Sintenis, gem. Civilt. Bd. 2 S. 414, Anm. 13 u. A, für unsere Ansicht Fuhr; Recens. S. 223. Koch, Recht der Ford. Bd. 2 S. 653. Duranton c. c. tome XII. n. 439.

gegen die cedirte Forderung noch nicht zu. Diese ging unbelastet auf den Cessionar über und sein Recht kann nicht mehr durch ihr späteres Fälligwerden beschränkt werden. Eine Ausnahme leidet dies, wenn unter den Parthelen ausdrücklich bestimmt war, daß die Forderung des debitor cessus, falls sie fällig würde, zur Compensation mit der bereits früher fälligen Gegenforderung dienen soll ¹⁾. Ja „der debitor cessus kann sogar, wie das preuß. Geh. O. Trib. erkannt hat ²⁾, Gegenforderungen, welche mit der cedirten Forderung aus demselben Geschäft herrühren, im Wege der Compensation in Abrechnung bringen, wenn sie auch erst nach bekannt gemachter Cession fällig wurden. Insbesondere ist der Cessionar einer dem Käufer aus einem Kaufkontrakte zustehenden Forderung verpflichtet, sich die Zinsen rückständiger Kaufgelder, wenn sie auch erst nach bekannt gemachter Cession fällig wurden, in Abrechnung bringen zu lassen.“ Denn die Cession kann, wie das Gericht ausführt, nur in der Art für statthaft erachtet werden, daß der Cessionar gegen Leistung der entsprechenden Verbindlichkeit des Cedenten die Erfüllung des Vertrages von Seiten des Cessus verlangen kann ³⁾.

Hat indessen der debitor cessus bei der Cession mitgewirkt, sie anerkannt oder auch ihr beigewohnt, ohne seiner ihm bekannten Gegenforderung zu gedenken, so liegt darin Verzicht auf die Compensationseinrede ⁴⁾.

1) Voet, ad h. tit. n. 4.

2) 14. Februar 1850. Entsch. des O. Trib. von Seligo und Wille Bd. 20, S. 190, trotz §. 313 h. t. des P. R.

3) arg. fr. 9 D. de compens.

4) Ältere Schriftsteller sahen in der Gegenwart überhaupt einen Verzicht; Brunneemann beschränkt dies auf den Fall des Wissens.

Es versteht sich von selbst, daß der Cessionar, dem eine Compensation mit Wirksamkeit entgegengesetzt wurde, regelmäßig aus dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgefchäfte seinen Regreß an den Cedenten hat. Fraglich ist es aber, ob dieser ihm auch dann zusteht, wenn ihm die Forderung ausdrücklich ohne Gewährleistung für deren Richtigkeit verkauft war ¹⁾. Denn wenn auf der einen Seite auf Regreß verzichtet ist, so läßt sich auf der anderen Seite nicht leugnen, daß der Cessionar, indem er sich Abrechnung gefallen lassen mußte, Schulden, deren Zahlung dem Cedenten oblag, getilgt hat. Und daher hat denn auch das k. Obertribunal zu Berlin mit Recht entschieden, daß der Cessionar von Erbschaftsforderungen in solchem Falle Ersatz wegen Compensation mit einer Nachlassschuld fordern könne ²⁾. Es verhält sich natürlich anders, wenn der Cessionar gerade mit Rücksicht auf eine mögliche Compensationseinrede auf Regreß verzichtet hätte

Wird der cedirten Forderung eine Compensationseinrede entgegengesetzt, so kann der Cessionar dem Cedenten, welcher ihn auf den noch nicht bezahlten Kaufpreis der Forderung auskragt und nicht Satisfaction stellt, die *exc. non adimpl. contractus opponitur* ³⁾.

Der *code civil* unterscheidet nicht, art. 1295: *le debiteur, qui accepte purement et simplement la cession ne peut plus opposer la compensation.* — a. Ans. überhaupt vertheidigt Puchta, Vorl. §. 284.

1) Durch Compensation vor der Insinuation macht er sich jedenfalls verantwortlich, fr. 23 §. 1 D. de her. vend. 18, 4. *nomini venditor quidquid vel exactione vel compensatione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur.*

2) Entsch. des königl. Obertrib. von Seligo und Wille Bb. 12 S. 238 signde. Er kann indessen in solchem Fälle nur Ersatz, nicht das Interesse fordern.

3) c. 24 C. de evict. 8, 45: *cum in ipso limine contractus im-*

2) Der Ceditent selbst kann dagegen eine von ihm cedirte Forderung nach der Insinuation dem debitor cessus, welcher eine Gegenforderung einklagt, nicht zur Compensation opponiren, wenn auch beide Forderungen schon vor der Insinuation kompensabel waren. Die französischen Gerichte haben in Folge der verkehrten Auffassung von ipso jure anders entschieden. Die Frau de Verdonnet schuldete DeLoIme 1666 Francs, sie erhielt später eine Gegenforderung gegen diesen von 1600 Francs, welche sie ihrer Nichte als Heirathsgut übertrug. Als später DeLoIme jene 1666 Francs einklagte, stellen ihm die Erben von Frau Verdonnet Compensation aus der von der Erschlafferin an die Nichte cedirten Forderung entgegen; sie wurde zugelassen, weil die Forderungen durch Compensation ipso jure im Augenblicke der Schenkung getilgt und Frau Verdonnet also damals weder Schuldnerin noch Gläubigerin gewesen sei. Indessen muß nach jeder Theorie Verzicht auf die Compensation möglich sein und dieser liegt offenbar in der Cession einer Forderung ohne Erwähnung der Gegenforderung ¹⁾).

3) Der Debitor cessus erhält vom Augenblicke der Insinuation an das Recht, Gegenforderungen an den Cessionar auf die cedirte Forderung zu kompensiren; ebenso der Cessionar die cedirte Forderung zur Compensation zu verwenden. Selbst dann muß sich der Gläubiger die Compensation gefallen lassen, wenn er bereits Klage angestellt hat und ihm erst jetzt die Cession

minet evictio, emtorem si satis ei non offeratur ad pretii evictionem non compelli juris auctoritate monstratur. So entschieden auch Lab. Jahrb. 1833 S. 400.

1) Die Zulassung eines solchen Verzichts ist denn auch im Code selbst durch art. 1295, siehe S. 389, Anm. 1 zugetanden.

einer Gegenforderung an den Schuldner insinuirt wird. Doch muß der Schuldner in solchem Falle dem Kläger die vorher aufgewendeten Kosten ersetzen ¹⁾.

4) Wurde eine Forderung mehrmals weiter cedirt und dem Schuldner die Cession mehrmals insinuirt, so erwarb der Schuldner immer das Recht, die gegen den Cessionar vom Augenblicke der Insinuation bis zum Augenblicke weiterer Insinuation erworbenen Gegenforderungen zur Compensation zu bringen und dies kann ihm durch spätere Handlungen des Cessionars nicht entzogen werden ²⁾. Hat er doch dagegen das Recht verloren, Gegenforderungen, die er nach der ersten Insinuation an den Cedenten erwarb, zur Compensation zu bringen ³⁾.

1) Huber, praelect. ad Pand. h. t. n. 13.

2) Voet ad Pand. n. 5. Sande, decis. Fris. libr. 3 c. 17, def. 2. Glück Bb. 15, §. 95. Durantou tome XII. h. t. n. 441.

3) Suarez hat Recht, wenn er bemerkt (Bornemann, preuß. Civilrecht Bb. 3, §. 382, vergl. auch Koch, Recht der Ford. Bb. 2, §. 653): „So weit die cessiones ohne Vorwissen des Debitoris geschehen, kann derselbe aus dem, was Andere ohne seine Zuziehung verhandelt haben, sowie keine neuen Verbindlichkeiten, also auch keine neuen Rechte erhalten.“ Allein auf eine insinuirt Cession kann diese Bemerkung keine Anwendung finden. Nichtsdestoweniger hat das preuß. Landrecht h. t. §. 316 bestimmt, daß die Compensation einer Forderung, welche dem Schuldner an einen der Zwischeninhaber, den er aber zu seinem Gläubiger nicht angenommen hat, zustand, gegen den letzten Inhaber nicht stattfindet. Dies hat das österreichische Gesetzbuch §. 1442, das Compensation sehr unbedingt ausschließt und neuerlich der sächs. Entwurf §. 1111 adoptirt; letzterer aus dem Grund, Motive S. 214, weil außerdem eine solche Verwirrung der Rechtsverhältnisse zu befürchten sei, daß Niemand eine mehrmals abgetretene Forderung übernehmen könnte, zumal die Erforschung aller Rechtsverhältnisse des Schuldners an die Cessionare, für die Uebernehmer fast unmöglich sei. Dies ist gewiß nicht durchschlagend, um eine Abweichung vom Principe zu rechtfertigen. Eine mehrmals cedirte For-

5) Steht Jemand eine a. utilis zu, so treten dieselben Grundsätze ein, wie bei einer vertragmäßigen Cession. Vom Augenblicke der Insinuation durch den gesetzlich Berechtigten an kann der Schuldner nur an ihm zahlen, nur mit Gegenforderungen an ihn kompensiren. So verhält es sich also namentlich bei Forderungen, die entweder speziell oder zugleich mit einem ganzen Vermögen verpfändet wurden ¹⁾. Die Anzeigebefugniß tritt aber dabei der richtigen Ansicht nach sofort mit dem Augenblicke der Verpfändung ein und es bedarf zum Uebergange der Forderung nicht erst der Mora des Verpfänders, wie Krug annimmt ²⁾.

Ist einem Partialerben vom Theilungsrichter eine Erbschaftsschuld überwiesen, so muß er sich Compensation mit der dem Schuldner an den Miterben bis zum Augenblicke der Insinuation erwachsenen Gegenforderung auf den ihm überwiesenen Theil gefallen lassen ³⁾.

Der Legatar, dem ein Erbschaftsausstand vermacht ist, muß sich die dem Schuldner bereits gegen den Erblasser erwachsenen kompensablen Gegenforderungen, sowie die Gegenforderungen, welche derselbe vom Augenblicke des Erbschaftsantrittes bis zur Insinuation gegen den Erben geltend machen konnte, anrechnen lassen; wie er sich natürlich vom Momente der Insi-

derung wird man ohnehin nicht leicht übernehmen können, wenn sie nicht vom Schuldner anerkannt ist, oder wenn man seines Regresses gegen den Cedenten nicht sicher ist.

1) Die Nothwendigkeit der Insinuation überseht Faber, Cod. Sab. IV. 23, def. 8, wie Huber, prael. ad P. h. t. n. 14, der ihn belächelt.

2) Mühlenthal, Cession 3te Aufl. S. 526, s. g. d. Vergl. Sinitenis, Pfandrecht S. 146 und Krug S. 174.

3) Anders eine bei Huber, prael. ad P. h. t. 15. referirte Entscheidung.

novation an Compensation eigener Schulden gefallen lassen muß. Wurde aber der Erbe durch jene Compensation von einer eigenen oder einer Erbschaftsschuld befreit, so ist er dem Legatar ex legato zur Entschädigung verpflichtet ¹⁾.

6) Compensation im Konkurs. Die eigenthümliche Gestaltung, welche die Compensation der Konkursgläubiger im älteren Rechte annahm ²⁾, ist im justinianeischen Rechte, wie wir sahen ³⁾, verschwunden. Wir haben daher gemeinrechtlich die allgemeinen Grundsätze ausnahmslos auf die Verhältnisse des Konkurses anzuwenden ⁴⁾.

Das Gläubigerkorps erhält durch Eröffnung des Konkurses das Recht — wie man dasselbe immer konstruirt — die Aktiva des Schuldners zu ausschließlicher Befriedigung der angemeldeten Forderungen in Anspruch zu nehmen; aber erst durch die Insinuation an die Schuldner tritt es in der Ausübung der Forderungsrechte an die Stelle des Erbars ⁵⁾. Diese kann freilich nicht nur mündlich und durch persönliche Ersuchungsschreiben, sondern auch durch öffentliche Anzeige geschehen; das

1) In Bezug auf die Erbschaftsschuld a. Anf. Krug S. 176 mit Bezug auf die Confusion fr. 21 pr. § 1 D. de liber. leg. 34, 3. Es tritt hier derselbe Gesichtspunkt ein, wie beim Verkauf von Forderungen ohne Gewährleistung. S. 390.

2) Vergl. S. 51. signa.

3) Vergl. S. 359.

4) Auch hierüber verschiedene Dissertationen, deren ich nur zum Theil habhaft wurde, einige bei Krug S. 177, Anm. 406 angeführt. Dabelow, Konkurs der Gläubiger. Halle 1801, S. 685—694 breitet ohne juristische Präcision.

5) Dies ist freilich sehr bestritten, indem jeder Schriftsteller über Konkursprozeß nach subjektivem Billigkeitsgeföhle den Zeitpunkt auf eigene Weise anzusetzen für gut hält. Vergl. Schmidt, Civilprozeß Bd. 3 S. 258.

Gläubigerkorps hat aber dann nachzuweisen, daß die Anzeige dem Schuldner zu Handen gekommen sei und falls es relevant wird, wann dies geschah.

Die bis zum Augenblicke der Insnuation dem Schuldner gegen den Creditar erworbenen kompensablen Gegenforderungen kann er auch nachher der Masse gegenüber opponiren; ob diese Gegenforderungen angemeldet wurden, ist bei der Frage nach der Zulässigkeit der Compensationseinrede irrelevant¹⁾. Erwirbt der Creditar nach der Conkursöffnung noch Forderungen und werden diese noch später zur Masse gezogen, so entscheidet immer der Zeitpunkt der Insnuation über die Statthaftigkeit der Compensation mit Gegenforderungen an den Creditar.

War die Forderung an den Creditar vor der Insnuation fällig, so verschlägt es nichts, ob die Gegenforderung des Creditars bereits gleichfalls fällig war oder nicht. Auch eine cedirte und dem Creditar vor der Conkursanzeige an den Cessionar insnuirte Forderung kann zur Compensation benutzt werden²⁾.

Zweifelhaft und Gegenstand lebhafter Controverse ist die Frage, ob der Verpächter, welcher zur Sicherheit seiner Rechtsverbindlichkeiten eine nach Endigung des Pachts zurückzustellende Cautio leistet und mit einigen Pachtgelbterminen im Rück-

1) Doch ist es freilich zweckmäßig, die Gegenforderungen auf alle Fälle anzumelden. Es liegt darin keinesfalls, wie D a b e l o w, Conkursprozeß S. 685, n. w. annimmt, ein Verzicht auf das Compensationsrecht; vergl. fr. 8 D. de compens. — Der hier aufgestellte, schon von den Aelteren (K a n n e, de compensatione in conc. cred. S. 14) vertheidigte Satz ist auf W e b e r's Autorität (Natürl. Verbindl. §. 93) ziemlich allgemein angenommen. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt W r i n k m a n n, Wissenschaftlich-praktische Rechtskunde Bb. 1 S. 160, der übrigens in dem von ihm angeführten Rechtsfalle in der Göttinger Juristenfakultät in der Minorität blieb.

2) G ü n t h e r, Conkurs der Gläubiger. Leipzig 1852 S. 58.

stande war, nachdem der Verpächter in Konkurs gefallen ist, vom Massekurator verlangen kann, daß er die Schuld auf die Caution aufrechne. Der Pacht erlischt nicht mit dem Ausbruche des Konkurses von selbst, die Rückforderung der Caution ist also in diesem Augenblicke noch nicht fällig, und so hat man dem Pächter sehr häufig die Befugniß abgesprochen, mit der Caution auf die Pachtrückstände zu kompensiren. Dies wäre unbillig und ist wohl auch nicht richtig.

Entweder setzen die Gläubiger den Pacht fort, dann haben sie sich freilich die Compensation vor Beendigung des Pachtess nicht gefallen zu lassen; sie müssen aber, da sie in den Vertrag eingetreten sind, die Caution vollständig zurückgeben. Oder sie setzen den Vertrag nicht fort, dann kann der Pächter seine Pachtverbindlichkeiten auf die Caution aufrechnen, da diese von Anfang an bestimmt war, bei ihrem Fälligwerden etwaige Pachtrückstände zu decken ¹⁾.

Verfällt der Pächter in Konkurs, so kann dagegen der Verpächter umgekehrt die vollen Pachtrückstände, sowohl die vor dem Konkurs, als auch die nachher, durch eine Fortsetzung des Pachtverhältnisses entstandenen auf die Caution abrechnen ²⁾.

Nach der Insinuation des Uebergangs der Forderung an die Konkursmasse kann der Schuldner Gegenforderungen an die Masse selbst zur Compensation bringen. Dies kann natürlich auch derjenige, welcher aus einem späteren Administrationsakte, etwa durch Kauf von Massesachen, Schuldner der Masse wird ³⁾.

1) Dieser Ansicht auch die sächs. Gerichte nach dem Zeugnisse von Gütther S. 58, Anm. 99. — ofr. preuß. L. R. h. t. §. 323 u. Anm.; vergl. oben S. 390.

2) Gütther loc. cit. S. 50.

3) Die Forderung an den Cridar kann natürlich nicht auf die Masseforderung kompensirt werden.

Auch kann der Schuldner mit dem Perceptionsquantum, das ihm die Masse zu gewähren hat, kompensiren. Der Anspruch darauf wird regelmäßig erst durch den Perceptionsbefcheid fällig, doch werden ihm nicht selten schon früher Abschlagszahlungen zugebilligt.

III. Delegation, Wechsel. Ist eine Forderung durch Delegation einem neuen Gläubiger übertragen worden, so stehen ihr die Compensationseinreden, welche der alten Forderung entgegengesetzt werden konnten, niemals mehr entgegen, wenn sie ex causa onerosa delegirt wurde ¹⁾. Hat der Schuldner aber die Existenz seiner Gegenforderung nicht gekannt, so kann er den Deleganten mit einer *condictio* belangen und denselben nöthigen, ihn von der neuen Schuld zu befreien. Wurde die Forderung dem Delegaten ex causa *lucrative* übertragen ²⁾, so bleibt dem Debitor die einmal erworbene Compensationseinrede, es sei denn, daß man in der Uebernahme der neuen Obligation einen Verzicht auf die weitere Geltendmachung der Compensation zu sehen hat, was schon anzunehmen ist, wenn der Schuldner die Existenz seiner Gegenforderung kannte und die neue Obligation doch ohne Vorbehalt übernahm. Es bleibt ihm in solchem Falle seine Forderungsklage.

Der Klage aus einem Wechsel kann stets nur Compensation mit Gegenforderungen an den Kläger selbst, nicht mit Forderungen an seine Vorgänger ³⁾ opponirt werden. Es ist nicht nothwendig, daß sich die Compensationseinrede auf eine Wech-

1) Fr. 12, fr. 13, fr. 19-D. de novat. 46, 2.

2) fr. 7 pr. D. de doll mali except. 44, 4. Unrichtig Krug S. 173. Voet ad h. tit. n. 6 u. A.

3) Vergl. Renaud, Lehrbuch des Wechsels. S. 162, not. 9.

selforderung stützt, doch muß sie wie jede Einrede im Wechselprozeß sofort liquid sein.

Hat der Wechselnehmer dem Aussteller des Wechsels sofortige baare Zahlung versprochen, oder ist er ihm aus irgend einem anderen Obligationsgrunde zu sofortiger Leistung der Valuta verbunden, so kann ihm diese Gegenforderung zur Compensation entgegengesetzt werden ¹⁾. Der Nachweis der nicht gegebenen Valuta genügt allein zur Compensation nicht, da der Aussteller zu dessen Einforderung vom Wechselnehmer zuweilen gar nicht berechtigt, eine Gegenforderung demnach nicht vorhanden ist; so, wenn der Aussteller den Wechsel begab, um sich dem Wechselnehmer im Falle der Nichtzahlung durch den Erassaten zu verbürgen ²⁾.

Auch gegen Papiere au porteur können Gegenforderungen an den jeweiligen Inhaber kompensirt werden; ebenso ist Compensation bei Gelegenheit einer Klage auf Ausfertigung eines Duplikatscheins zulässig, der als Ersatz eines abhandengekommenen Staatspapiers verlangt wird ³⁾.

IV. Zweifel sind auch über die Gestaltung der Compensation bei Assignationen entstanden.

Der Assignat wird durch die Assignation zur Zahlung berechtigt; er kann sich, wenn er zahlt, mit der a. mandati contraria Entschädigung vom Assignanten verschaffen, verpflichtet wird er zur Zahlung durch die Assignation nicht. Von einer

1) Archiv für deutsch. Wechselr. Bd. 2 S. 30.

2) Vergl. Arch. für deutsch. Wechselr. Bd. 2, S. 426.

3) Verneint vom D. A. Ger. zu Kassel. Strippelmann, Sammlung Thl. V. Abth. 2, S. 700, „weil angeblich die auf den Inhaber lautenden Staatspapiere als von persönlichen Beziehungen entkleidet angesehen werden müssen.“ Vergl. dazu Seuffert, Arch. Bd. III. p. 194, n. 1.

Compensation kann daher vorerst keine Rede sein. Wäre der Assignat etwa ein Schuldner des Assignanten, so wird der Umstand, daß er Gegenforderungen an diesen zu haben glaubt, zuweilen auf seinen Entschluß, die Assignation zu honortren, faktischen Einfluß üben. Hätte der Assignatar etwa auch ein Klagmandat in rem suam oder alienam, so würden damit natürlich eigene Grundsätze eintreten.

Wenn aber der Assignat die Zahlungsanweisung dem Assignatar gegenüber acceptirt hat, so wird er diesem nunmehr vertragsmäßig und persönlich zur Zahlung verpflichtet und er kann Gegenforderungen, die ihm an den Assignatar erwachsen, gegen diese Forderung aufrechnen. Gegenforderungen an den Assignanten bleiben dabei ganz aus dem Spiele ¹⁾.

V. Nach den Grundsätzen der römischen Gesellschaft kann ein Mitglied derselben die Forderungen, die es für die Gesellschaft erwarb, seinem Privatgläubiger entgegenstellen und ihm demnach, wenn es den Vertrag für die Gesellschaft allein abschloß, die ganze Gegenforderung, wenn es mit andern Gesellschaftern zugleich kontrahirte, seine Societätsportion anrechnen ²⁾. Umgekehrt kann ein Privatschuldner seinem Gläubiger Forderungen, die dieser als Gesellschafter zu erfüllen hat, aufrechnen, habe dieser nun selbst die Schuld kontrahirt oder habe ein anderer, der das Geschäft als Mandatar der übrigen abschloß, den Vertrag eingegangen.

Sehr fraglich ist es nun aber, ob diese Grundsätze auf die modernen Handelsgesellschaften anwendbar sind. Viele betrachten

1) *Mevius* p. 8, doc. 127. *Krug* S. 174.

2) *Bangerow*, *Leif.* Bd. 3 S. 453 und dort cit. Stellen.

dieselben als eigene juristische Personen, andere als deutsche Genossenschaften, andere als eine s. g. Kollektivperson¹⁾, und danach wären Forderungen der Gesellschaft und Forderungen an die Gesellschaft als verschiedenen Rechtsindividuen angehörend, nicht kompensabel. Können wir nun gleich diesen Konstruktionen eine juristische Berechtigung nicht zugestehen, so ist doch richtig, daß die Gesellschafter, obgleich sie durch die Verträge im Interesse der Gesellschaft persönlich berechtigt und verpflichtet werden, bei der Constituirung und Veröffentlichung der Gesellschaft eine getrennte Verwaltung für das vorerst separirte Gesellschaftsvermögen aufstellen, welche alle Gesellschaftsgläubiger wie Gesellschaftsschuldner, indem sie kontrahiren, anerkennen²⁾.

Ebeneshalb müssen die Gesellschaftsgläubiger zunächst von den Gesellschaftsadministratoren Befriedigung aus dem separirten Vermögen fordern und Gesellschaftsschuldner haben an die Gesellschaftskasse selbst zu leisten. Daraus ergibt sich, daß sich der Gesellschaftsschuldner vorerst auf Compensation mit Gegenforderungen an einen der Gesellschafter nicht berufen darf³⁾, wie umgekehrt der Gesellschaftsgläubiger sich Compensation mit

1) Namentlich die Franzosen, z. B. Troplong, *contrat de société*, als Genossenschaft, z. B. Bluntschli in seinem *deutsches Privatrecht*, als s. g. Kollektivperson Brinkmann, *Handelsrecht* S. 126.

2) Solche separirte Vermögensmassen kennt schon das römische Recht, ohne daß es dieselben als eigene juristische Personen u. s. f. betrachtet. *Tit. de separat.* 42, 6.

3) Schon *Babus* verneint in solchem Falle Compensation; *ad c. 9 C. de compens.* — *compensatio non procedit, quia corpus societatis agit, non ille tanquam singularis persona et ideo quod debetur societati, non compensatur cum uno ex sociis.* *Casaregis disc.* 76 n. 22. *Troplong, contr. de société* n. 62. *Brinkmann, Handelsr.* S. 141.

Gegenforderungen einzelner Gesellschafter nicht gefallen zu lassen hat, noch auch zu derselben berechtigt ist. Doch kann der Gesellschafter seine Forderung natürlich der Gesellschaft cediren.

Hat einer der Gesellschafter selbst der Gesellschaftsmasse Vorschüsse gemacht, so muß er sich gleichfalls Compensation mit Gegenforderungen der Gesellschafter nicht gefallen lassen.

VI. Compensation mit Obligationen der Ehegatten. Nach den Grundsätzen des römischen Rechts kann natürlich ein Ehegatte mit den Forderungen des Anderen nicht kompensiren, noch muß er sich Compensation aus dessen Forderungen gefallen lassen. Dagegen kann der Mann Dotalforderungen vom Augenblicke der Delegation oder Insinuation der Sessio zur Compensation bringen ¹⁾, wie umgekehrt der delegirte Schuldner von diesem Momente an Forderungen an den Mann aufrechnen kann ²⁾.

Bei dem Systeme der allgemeinen formellen Gütergemeinschaft bleiben die Vermögensmassen der Eheleute getrennt, aber der Mann erhält die Befugniß, das Vermögen der Frau wie der Siger zu verwalten und zu gebrauchen; umgekehrt haftet es den Gläubigern des Mannes für ihre Forderungen. Daraus ergibt sich, der Mann kann auf seine Schulden auch mit Forderungen, die der Frau zustehen, kompensiren, wie auch seine Gläubiger das Recht haben, eine solche Compensation der

1) c. 2 C. de obl. et act. 4, 10. Krug S. 187. Harrter a. Anf. gestützt auf die lex Julia (!)

2) Mevius p. 7 dec. 242 behandelt folgenden interessanten Fall. Eine Frau hat ihrem Manne eine Forderung an den Kunz zur Dos inferirt, der dem Manne eine Gegenschuld schuldet. Nach dem Tode des Mannes, bei dessen Lebzeiten von Compensation keine Rede war, ist Kunz in Conturs gerathen. Die Erben des Mannes wollen der Frau

Schulden des Mannes auf die Forderungen der Frau zu verlangen¹⁾. Den Forderungen des Mannes können dagegen Schulden der Frau nicht entgegengestellt werden. Den Forderungen der Frau können, wenn sie auch der Ehemann einklagt, voreheliche Schulden derselben, sowie eheliche, insoweit die Frau zu deren Contrahirung berechtigt war, opponirt werden.

Wo jedoch eine wirkliche, materielle, eheliche Gütergemeinschaft (communio honorum) eintritt, werden die Forderungen und Schulden beider Theile, die vor der Gemeinschaft bestanden, oder an dem in die Gemeinschaft fallenden Gut, z. B. Erbschaft, hafteten, gemeinschaftlich und es können demnach auch voreheliche Schulden der Frau den Forderungen des Mannes opponirt werden²⁾.

Bei der partikulären Gütergemeinschaft finden sich drei Vermögensmassen, das Propergut des Mannes und die Gemeinschaftsmasse in der Hand des Mannes, das Propergut

nur das inferirte Nomen an den Erbar restituiren. Diese aber beruft sich darauf, daß die Schuld des Mannes bereits durch Compensation getilgt sei und erhebt daher Anspruch auf volle Entschädigung gegen die Erben; Restitution des Nomen will sie sich nicht gefallen lassen. *Mevius*, von der Ansicht ausgehend, daß zur Compensation Verufung nothwendig sei, daß nur dem Manne als Gegengläubiger, nicht der Frau das Recht auf solche Verufung zustehe, entschied gegen die Frau. Wie uns scheint, mit Unrecht. Durch die Illation des Nomen verschaffte die Frau dem Manne nicht nur das Recht der Forderungsklage, sondern auch eine Compensationseinrede. Diese steht den Erben immer noch zu, sie sind um deren Betrag bereichert und haben die Frau nach der für die Dotalklage geltenden *bona fides* dafür zu entschädigen.

1) *Vergl. Kunde, ehel. Güterr. S. 135. Gerber, d. Privatr. S. 230.*

2) *Anders Kunde S. 145; vergl. aber Eichhorn, deutsch. Pr. R. S. 308. Gerber S. 233, not. 15; etwa auch Lippe-Dehmaltische Verordn. v. 1786, §. 12 bei Kunde S. 518.*

den Mann
Mann Forde-
n aus seinem
der Gemein-
r Gemeinschaft
Properschulden
aus der Güter-
propervmögen
ich persönliche
af jene Schuld
s können nicht
a Gemeinschaft
obere 3); auf Pro-
nabstforderungen.
Vertreter ein,
us war eheliche nur
an Rechts kon-
hat der Mann
us usufr.) frei-
angen der Frau
zur Compem-
deren Erträg-

6. hatten in Sachsen,
über die For-
änlich konsequent

nisse, Zinsen u. s. f. Wenn er Forderungen der Frau in deren Namen einlegt, können ihm eigene Schulden nicht opponirt werden, Schulden der Frau nur insoweit er dieselben anzuerkennen verpflichtet ist ¹⁾).

§. 42.

**Seltendmachung einer Compensationseinrede durch Dritte.
Compensation aus Forderungen Dritter.**

Es gibt Fälle, in welchen ein Dritter sich der Compensationseinrede, die zunächst einem Mitschuldner zusteht, bedienen kann; es gibt andere, in denen man sogar die Forderung eines Dritten, der nicht Mitschuldner ist, zur Compensation gegen eine eigene Schuld benutzen darf. Beide sind ins Auge zu fassen.

1) Wir fanden bereits in fr. 4 D. de comp. als Rechtsatz ausgesprochen, daß der Bürge Compensation aus Forderungen des Hauptschuldners in Anspruch nehmen kann. — Es ist aber zweifelhaft, ob dies Recht einem jeden Bürgen ohne Unterschied zusteht, oder ob nicht, wie bei anderen Aussprüchen von noch allgemeinerer Fassung, eine Ausnahme für Bürgen, die keinen Regressanspruch an den Hauptschuldner haben, für *fidējussores donandi animo* anzunehmen ist ²⁾). Für diese Ausnahme sprechen sich *Mevius* und *Krug* aus, dagegen entscheiden sich *Fuhr* und *Sintenis* ³⁾).

In der That stehen die *exc. rei cohaerentes* mit nichten immer einem jeden Bürger zu. Vielmehr ist wohl regelmäßig

1) Vergl. *Seuffert*, *Archiv* Bb. II. n. 380.

2) cfr. fr. 19 D. de exc. 44, 4. fr. 33 D. de fidej. 46, 1 §. 4. J. de repl. 4, 14.

3) *Mevius* L. dec. 216. *Krug*, *Compensation* S. 159. Dagegen *Fuhr*, *Recension* Bb. 27, S. 219. *Sintenis*, *gem. Civilrecht* Bb. 2, S. 417, *Ann.* 23.

zwischen solchen Einreden zu unterscheiden ¹⁾, bei deren Vorhandensein die ganze Prinzipalobligation völlig, nach der Absicht des Rechts oder der Contrahenten improbit ist, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Beim Vorhandensein von Einreden der ersten Art, z. B. der exc. S. C. Vellejani, fehlt es an einer tauglichen Prinzipalobligation und demnach an einer wesentlichen Voraussetzung der Bürgschaftsverbindlichkeit, welche ohne ein Obligationsverhältniß zwischen dem Gläubiger und einem Dritten undenkbar ist ²⁾. Behält dagegen die Prinzipalobligation irgend eine rechtliche Existenz, bleibt also trotz der Einrede eine naturalis obligatio, oder soll durch sie nur der Person des Hauptschuldners eine Erleichterung werden, wie bei der exo. pacti, so ist die Voraussetzung der Bürgschaftsverbindlichkeit nicht weggefallen. Sie bleibt bestehen und nur dann kommen

1) Girtanner in seiner Monographie über die Bürgschaft S. 40 u. folgte., S. 515 folgte. unterscheidet, ob die Einreden dem Hauptschuldner schon vor dem Abschlusse der Fidejussio zustanden oder erst nachher erwachsen; nur im ersten Falle spricht er sie dem Fidejussor als solchem zu, falls sie nicht etwa doch eine naturalis obligatio übrig liegen; im zweiten macht er ihre Zulassung vom Regresse des Bürgen abhängig. Darin liegt, wie uns scheint, eine Inkonsequenz; die Aussprüche der Quellen sind nicht dafür. Dagegen auch Becker, Consumption S. 202, not. 46.

2) Hierher gehört die exceptio S. C. Vellejani, fr. 16 §. 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Julianus libro 4 ad Ursejum Feroocem. Julianus recte putat fidejussori exceptionem dandam, etiamsi actionem mandati adversus mulierem non habet, quia totam obligationem improbat senatus. Ferner die exc. quod metus causa, jurisjurandi, rei judicatae.

Zur zweiten Klasse gehört die exc. S. C. Macedoniani, die exc. pacti conventi, da Verzicht streng zu interpretiren sind. fr. 32 D. de pactis 2, 14. Die rest. in integrum, fr. 95 §. 3 D. de solut. 46, 3. fr. 13 D. de min. 4, 4. Weitere Ausführung ist anderem Orte vorzubehalten.

ihm jene Einrede zu gut, wenn er, zur Zahlung gezwungen, einen Regreß gegen den Hauptschuldner hätte, sei es, daß die Verbürgung in Gefolge eines Mandats geschah, oder daß in ihr eine nützliche Geschäftsführung lag.

Da nun die CompensationsEinrede wie eine *exc. pacti* zunächst im Interesse des Hauptschuldners gegeben wird, ein Recht dieser Person ist, so scheint man daraus allerdings folgern zu können, daß sie nur der regreßberechtigte Bürge zur Hand nehmen dürfe. Nichtsdestoweniger halten wir dies nicht für richtig; es tritt gerade in Bezug auf die CompensationsEinrede noch ein anderer Gesichtspunkt ein, der uns zu anderen Resultaten führt.

Der materielle Zweck eines jeden Bürgschaftsvertrages ist, dem Gläubiger eine Sicherung für den Fall zu geben, in welchem man vom Hauptschuldner nicht Zahlung erhalten kann; die Forderung an den Bürgen ist daher der Natur des Vertrages nach immer nur subsidiär, mag sich derselbe nun im Interesse des Schuldners oder des Gläubigers verbürgt haben. Dieser Gesichtspunkt hat zwar einen direkten rechtlichen Ausdruck im klassischen Rechte nicht gefunden; aber er galt im Leben und in der Sitte, *non enim aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor, quam si recipere a debitore non possit*¹⁾. Seit den Neuerungen Justinians aber hat er sich im *beneficium excussionis*, im Rechte den Gläubiger zuerst auf die Klage an den Hauptschuldner zu verweisen, eine breite Bahn gebrochen; es kann nicht geleugnet werden, daß dies auch dem *fidejussor donandi animo* zusteht.

1) Quint deol. 273. Girtanner S. 123; besonders aber Huschke, „Cicero über s. Forderung an Dolabella.“ Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. Bd. 14 S. 42.

Eben deshalb war nun aber anzunehmen, daß der Gläubiger, welcher sich durch Compensation mit dem Hauptschuldner auf die leichteste Weise Befriedigung verschaffen könnte, immer dolos handelt, wenn er den (der Absicht nach nur subsidiär verhafteten) Bürgen ausklagt¹⁾. Dieser konnte ihm daher allerdings die Compensationseinrede regelmäßig ohne Rücksicht auf Regreß opponiren.

Deshalb kann nun auch ein Verzicht des Hauptschuldners auf die Compensation dem Bürgen nicht schaden, da dem Bürgen von seinen Rechten nichts genommen werden darf und er der Replik des Verzichtes die *duplica doli* entgegenstellen kann²⁾. Hat der Kläger dagegen bona fide seine Schuld an den Hauptschuldner gezahlt, ehe der Bürge sich auf die Compensationseinrede berufen hat, so fällt das Fundament der Einrede der Compensation weg und der Bürge hat kein Rechtsmittel dagegen aufzukommen. Zahlte der Gläubiger seine Schuld, um dem Bürgen zu schaden, so tritt ihm bei Einklagung seiner Forderung vom Bürgen eine *exc. doli* entgegen.

Auf eine vom Bürgen mit eigenen Forderungen durchgeführte Compensation kann sich auch der Hauptschuldner berufen, da eine einmal vollzogene Compensation *pro soluto* gilt.

Was vom Bürgen bestimmt ist, findet übrigens bei Accessionen aller Art Anwendung.

2) Auch im Correalverhältnisse gibt es Exceptionen (*exc. jurisjurandi, rei in judic deductae*), welche die ganze Obligation ergreifen und die jeder Correalist zu seiner Befreiung an-

1) Vergl. fr. 5 D. h. t.

2) Vergl. Krug, Compensation S. 219 u. 220, von seinem Standpunkte aus inkonsequent. Fuhr, Recens. S. 219.

rufen kann; andere, die nur einem einzelnen Correatus gegeben sind, die nur ihn befreien. Zu den letzteren gehören die *exc. pacti conventi* und die *Compensationseinrede* ¹⁾. Aber auch diese Einreden kann sich der Mitschuldner, welcher *socius* ist, zu nuzze machen ²⁾, weil er durch die Zahlung der gemeinsamen Schuld ein Regressrecht gegen den *correatus* erhalten würde und dieser daher sonst indirekt zu einer Leistung, von welcher er durch *Exception* befreit sein soll, gezwungen würde ³⁾.

Durch die Benutzung einer Forderung des *correatus* zur *Compensation* wird natürlich der zunächst beklagte *socius* dem Genossen zu verhältnismäßiger Entschädigung verpflichtet.

Als *correati* gelten auch Handelsgesellschafter und es kann also der eine Handelsgesellschafter mit der dem andern gegen seinen Gläubiger zustehenden Gegenforderung compensiren ⁴⁾.

Finden sich mehrere *correati credendi*, so kann der Schuldner Einreden, welche nicht die ganze *Obligation* ergreifen, im-

1) Fr. 23, fr. 27 D. de pactis 2, 14. fr. 9 §. 1 D. de correatis 45, 2.

2) fr. 10 D. de correatis 45, 2. *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod alteri pecuniam debet.*

3) Dies liegt in der Natur der Sache. Doch erkennt das preuß. L. R. h. t. §. 307 *Compensation* in solchem Falle nur an, wenn der Mitverpflichtete seine Forderung dem in Anspruch genommenen abgetreten hat. Der Code, obgleich er dem *Correatschuldner* ganz regelmäßig wegen Zahlung *Regress* gestattet, verordnet doch *le debiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce, que le creancier doit à son debiteur.* — Gleichwohl entscheiden die französischen Schriftsteller, daß der *Correatschuldner* regelmäßig die *Compensationseinrede* des *Correatus* benutzen dürfe und daß sich der *art.* nur auf die Ausnahmefälle beziehe, in welchen *Regress* unzulässig sei. *Marcadé, cours de droit civil IV. §. 634.* Il nous parait impossible d'admettre dans le silence (!) des redacteurs une regle (die Nichtkompensabilität) qui se devait briser devant les faits. *Duranton XII. 430.*

4) *Seuffert, Arch. Vb. 1 n. 83.*

mer nur dem entgegenseßen, gegen welchen er sie erworben hat. Ein Nachlaßvertrag mit dem einen Gläubiger befreit den Schuldner nur, wenn gerade dieser klagt ¹⁾ und so kann auch Compensation mit einer Gegenforderung nur dem Gläubiger entgegengestellt werden, der wirklich Gegenschuldner ist ²⁾. Wenn aber die Correalgläubiger socii sind, so ist Compensation mit Gegenforderungen an den nicht klagenden correatus zulässig. Anders auch hier, wenn die Compensation bereits durchgeführt ist ³⁾.

3) Eigenthümlicher ist die Ausnahme, deren Paulus im lib. 32 ad edictum gedenkt.

Fr. 9 D. de compensat. Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis si ageremus duntaxat de peculio praestaretur §. 4. sed si cum filiofamilias agatur, an quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum conditione ut caveat, patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum, quod is compensaverit.

Ueber den Umfang des hier eingeräumten Compensationsrechts wie über seinen Grund stehen sich ganz verschiedene Ansichten gegenüber.

Vielfach hat man angenommen, Paulus entscheide, dem Vater könne aus jeder Gegenforderung, die der Beklagte

1) fr. 27 pr. D. de pactis 2, 14; fr. 93 D. de solut. 46, 3. Baugeron Vb. III. S. 97.

2) a. Anf. Unterholzner, Obligationenrecht Vb. I. S. 556. Roland de Villargues No. 83.

3) Vergl. Guschke, Linde's Zeitschr. neue F. II. S. 161. Arndts Pand. S. 409, Anm. 3.

irgendwie an den Sohn habe, Compensation opponirt werden, der Sohn könne jeden Anspruch seines Vaters zur Compensation bringen ¹⁾). Die Glosse meint deshalb, die Worte des Juristen: quia unus contractus sit seien ein schlechter Grund für dessen Entscheidung ²⁾). Gerade diese Aeußerung, wie die ganze Haltung der Stelle beweist indessen, daß es sich nur von Gegenforderungen aus einem Geschäftsverhältnisse gehandelt hat ³⁾).

Noch divergirender sind die Meinungen über den Grund unserer Entscheidung. Viele suchten sie aus der Personeneinheit von Vater und Sohn zu erklären, welche doch keinesfalls bewirken könnte, daß der Vater für die Schulden des Sohnes haftete. Andere erklärten sie durch die Annahme, daß der Vater zur Zahlung der vollen Schuld des Sohnes naturaliter verpflichtet sei; auch dies ist irrig ⁴⁾).

Der Grund liegt in der Eigenthümlichkeit zweiseitiger Obligationen. Zunächst stehen sich bei diesen allerdings selbstständige Forderungsrechte entgegen; deshalb kann die Forderung an den Vater fallen, die Schuld beim Sohne verbleiben ⁵⁾). Seit aber das Compensationsrecht bei zweiseitigen Contracten erstarkt war, nahm man an, daß es gewissermaßen von Anfang an auf der Gegenforderung ruhe. Der Vater erwarb das Recht des Sohnes mit der Beschränkung, sich die Abrechnung gefallen zu lassen, das Recht auf Compensation kann dem dritten Con-

1) J. B. noch Krug, Compensation S. 61. Seuffert, Pandekten §. 287. Harrter, Compens. S. 79.

2) not. i. contractus I. mala ratio, sed supple maxime.

3) Vergl. Sintenis Bb. 2, S. 418, not. 24. Arnolds, Pand. §. 264, not. 6.

4) Vergl. Savigny, Obligationenrecht Bb. 1 S. 103. Brinz, tit. Blätter No. 3, S. 26 u. S. 27.

5) Vergl. S. 75, Anm. 2.

trahenten nicht durch den Uebergang der Forderung auf den Vater verloren gehen. Und so behält auch umgekehrt der filiusfamilias ein Compensationsrecht, vorausgesetzt, daß er seinen Gegner gegen die Gefahr sicherstellt, daß der Vater das Compensirte noch einmal fordere ¹⁾.

§. 43.

B. Gleichartigkeit des Gegenstandes.

Zweck der Compensation ist, das Hin- und Wiederzahlen desselben Gegenstandes unnöthig zu machen, daher findet sie natürlich nur statt, wenn derselbe Gegenstand von beiden Seiten geschuldet wird (id, quod invicem debetur, compensatur, fr. 21 D. h. t.). Daß sich ungleichartige Forderungen nicht compensirten, wird in den Quellen nicht weiter hervorgehoben, es verstand sich von selbst ²⁾.

Aber auch über die Frage, unter welchen Umständen zwei Gegenforderungen als gleichartig zu betrachten seien, findet sich in den Quellen keine vollständige Auskunft; ihre Beantwortung ist daher größtentheils erst der modernen Doktrin anheimgefallen, die sich auch vielfach mit derselben befaßt hat. Bei unserer Darstellung werden wir die Fälle, in denen die Gegenforderungen bei ihrer Entstehung gleichartig sind, von denen, in welchen sie erst durch spätere Verwandlung gleichartig werden, scheiden ³⁾.

1) Es versteht sich, daß die hier besprochene Entscheidung heutzutage ohne praktische Wichtigkeit ist, dagegen kann das derselben zu Grunde liegende Prinzip zur Entscheidung analoger Fälle von Bedeutung werden. Vergl. S. 390.

2) Man führt meistens Gaj. IV. 66, Paulli rec. sent. II. 5, 8 an, die sich doch nur auf spezielle Verhältnisse bezogen; vergl. oben §. 23; die neueren Gesetzbücher haben ihn dagegen besonders ausgesprochen; preuß. L. R. §. 343, 344; österr. Ges. §. 1440; code civil art. 1291.

3) Schon A 20, summa ad Cod. h. t. hat diese Frage genauer ins

Bei ihrer Entstehung gleichartig sind vor Allem gegenseitige Obligationen auf Fungibilen derselben Gattung und Qualität, falls die Modalitäten der Leistung dieselben sind, als, Forderungen auf Getreide gleicher Qualität, ebenso Lieferungen von Wein gleicher Art und Güte. Gleichheit der Sorte ist unbedingt vorausgesetzt, wer Rheinwein auch minderer Sorte schuldet, kann nicht mit einer Forderung auf Champagner compensiren. Wer aber eine bessere Qualität fordern kann, kann auf eine Schuld gleicher Sorte geringerer Güte compensiren, und umgekehrt ¹⁾, da diese Bestimmung nur ihm zum Vortheile ist.

Gegensforderungen, die gleicherweise auf eine noch unbestimmte Spezies derselben Art gerichtet sind, obligationes generis, z. B. die gegenseitige Verpflichtung, Nutzvieh der nämlichen Gattung, etwa ein Schaf oder eine Gans, zu geben, sind compensabel, wenn der Schuldner die Wahl hat ²⁾.

Auch kann mit der Forderung einer bestimmten Sache auf eine Forderung gleicher Gattung, aber von unbestimmter Sorte und Qualität compensirt werden, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht (*compensatio speciei mihi debitae ad quantitatem*). Wer also einen „Eimer Wein“ zu fordern haben sollte, ohne daß aus den Umständen hervorginge, welcher Art, muß sich Compensation mit einem Eimer seines diesjährigen Gewächses, den er dem Gegner zu liefern hat, gefallen lassen, wie er ihn ja auch, wenn er denselben gezahlt hätte, als Rück=

Auge gefaßt und beantwortet. Die accursische Glosse beschäftigt sich mit derselben bes. zu §. 30 J. de act. 4, 6 und c. ult. C. h. t.

1) Krug, Compensation S. 124. Sintonis, Civilt. II. not. 33 u. A.

2) Krug §. 43, 44. Sintonis not. 34. Koch, Recht der Förd. S. 659. Früher war dies bestritten; siehe Krug l. cit.

zahlung annehmen müßte. Da indessen bei einem Legate der Dixerite, wenn er auch die Wahl hat, keine ganz schlechte Sache geben darf, so kann er sich unter Umständen nicht auf Compensation mit einer Gegenforderung auf eine ganz schlechte Spezies „heurigen Gewächses“ berufen ¹⁾. — Der Schuldner des Genus hat übrigens in solchen Fällen von Entstehung der Forderung an ein Recht der Compensation, das nur von seinem Willen abhängt und dieses Recht äußert von diesem Augenblicke an seine Wirkungen für ihn. Der Gegner hat hier ein Compensationsrecht vorerst nicht ²⁾.

Leistungen, die eine und dieselbe bestimmte Sache zum Gegenstande haben, sind ebenfalls compensabel ³⁾.

Folgende Fragen verdienen noch eine genauere Berücksichtigung ⁴⁾.

1) Ist es zur Compensation nothwendig, daß Gegenforderungen auf Geld in demselben Münzfuße oder derselben Münzsorte ausgedrückt sind ⁵⁾? Uns scheint dies regelmäßig nicht nothwendig; die Hinzufügung einer Münzsorte geschieht meist

1) fr. 110 D. de leg. I., fr. 66 §. 3 D. de leg. II. art. 1022 und 1046 des code c. erheben dies zu allgemeiner Regel.

2) a. Anf. Krug S. 124 u. A.

3) S i n t e n i s, gem. Civilrecht. Bd. II. S. 428.

4) Ueber die f. g. Compensation der Delikte hatten wir schon S. 148, sowie S. 323 sgnbe Gelegenheit, Einiges zu bemerken. Ein genaueres Eingehen forderte einen anderen Ort.

5) Die Postglossatoren beschäftigen sich viel mit dieser Frage; Petrus de Bellapert., Cynus verwerfen Compensation de uno genere pecuniae ad aliam pecuniam diversae generis; secus si ejusdem materiae licet diversae formae. Barthol. de Saliceto ad C. ult. n. 17—19 will dagegen auf den Cours sehen. Ant. Faber, def. for. lib. 4 tit. 23, def. 2 hat wohl Münzstände seiner Zeit bei seiner Entscheidung im Auge gehabt, nach welcher Silbermünzen auf Goldmünzen nicht compensirt werden sollen.

nur zur Werthbestimmung einer Schuld; nur diese Werthbestimmung berücksichtigt der Verkehr, es gilt nur als ein anderer Ausdruck, ob eine Schuld in Thalern oder in Gulden bezeichnet ist.

Sollte sich dagegen aus den Umständen des Vertrages ergeben oder in anderer Art nachgewiesen werden, daß durch Hinzufügen der Münzsorte nicht allein die Größe, sondern auch die Art der Leistung bestimmt werden sollte, so könnte natürlich nur eine Gegenforderung auf dieselbe Münzsorte zur Compensation benützt werden. Wer sich in der Absicht eine Reise nach Frankreich zu machen, 20 Frankstücke versprechen läßt, muß Guldenstücke sowenig annehmen als abrechnen. Wird eine Münzsorte stipulirt, welche unter den Parteien nach gewöhnlichem Brauche nicht zur Werthbestimmung der Schuld dient, so ist zu präsumiren, daß sie eine Verabredung über die Art der Leistung damit beabsichtigen; so wenn eine Forderung in Deutschland unter Deutschen in Dollars ausgedrückt würde.

Anders, wenn es sich um Compensation mit einer Forderung handelt, die in einem fremden Lande in den dort gebräuchlichen, wenn auch am Orte der Klage ungewöhnlichen Münzsorten kontrahirt wurde. Der Russe schuldet dem Preußen Thaler, der Preuße dem Russen Rubel, hier kann der Russe seine Thalerschuld zwar nicht in Rubeln zahlen, wohl aber auf dieselbe mit seiner in Rubeln ausgedrückten Geldforderung compensiren, da es hier beiden Theilen nur auf den Werthausdruck, nicht auf die Lieferung einer bestimmten Münzsorte ankam ¹⁾.

1) Diese Resultate hat meist auch Prug, Compens. §. 48, dessen Begründung aber größtentheils verfehlt ist. Unrichtig dagegen Sinteris, Civilr. Bd. 2, S. 423, Anm. 33.

2) Ob man der Forderung auf eine Geldsumme, welche sich an einem bestimmten Orte, im Geldschrank, beim Wechsler befindet, Compensation entgegensetzen könne, ist von Alters her bestritten ¹⁾. Der Natur der Sache und dem Ausspruche der Quellen nach ist eine solche Forderung im Zweifel als eine individualisirte zu betrachten und nicht compensabel. Papinian bestimmt in Bezug auf dieselbe:

libro IV. quaestionum, fr. 54 D. de legatis I. Sed si certos nummos, veluti quos in arca habet aut certam lancem legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum vel rei legatae continentur, neque permutationem recipiunt, et exemplo cujuslibet corporis aestimanda sunt.

Es kann aber allerdings durch jenen Zusatz auch bloß die Angabe der Größe einer Schenkung, eines Legats beabsichtigt sein, und wenn dies nachgewiesen wird, so ist die Forderung zweifelsohne compensabel.

Die Fungibilität und Compensabilität von gewissen Geldmünzen kann natürlich auch auf andere Weise nach dem Willen der Parteien durch eine individuelle Bezeichnung aufgehoben werden.

3) Steht eine einfache Forderung einer alternativen gegenüber, so kann nur dann compensirt werden, wenn der, welcher die Wahl hat, sei er der Gläubiger oder der Schuldner, sich

1) Die Glosse war für Unstatthaftigkeit der Compensation, aber schon Rotharius, ein Zeitgenosse des Azo, für die Zulassung. gl. vendicare ad l. cum fundus 31 §. 1 D. de rebus cred. 12, 1. Diesem folgten die s. g. Ultramontanen, Petrus de Bellapertica. Dynus und Bartolus waren gegen deren Ansicht; Balbus schwankte; so pflanzte sich der Streit weiter.

für den gleichartigen und solchergestalt compensabeln Gegenstand entschieden hat ¹⁾). Außerdem können völlig gleichartige alternative Obligationen, deren Modalitäten dieselben sind, als compensabel betrachtet werden ²⁾).

4) Obligationen auf ein Thun sind compensabel, falls die Handlungen, welche den Gegenstand beider Forderungen bilden, durchaus gleicher Art und nicht rein persönlicher Natur ³⁾ sind. So wird derjenige, welcher einem Anderen Holzfuhrn zu leisten hat, compensiren, wenn er Erbe dessen wird, welcher von dem Gegner wiederum gleiche Holzfuhrn aus demselben Walde fordern kann. Abgesehen von solchen selten vorkommenden Fällen können Obligationen auf ein Factum zur Compensation nicht benutzt werden.

Darauf hin hat man in neuerer Zeit behauptet, daß einer Geldforderung Gegenforderungen aus einem Mandate, einer Societät u. dergl. dann nicht entgegengestellt werden dürften, wenn deren Quantum sich erst aus einer vom Kläger zu stellenden Rechnung ergebe, da hier der Beklagte vorerst nur ein Factum Rechnungsstellung, nicht aber sofort eine Geldzahlung verlangen könne.

Diese Ansicht zuerst in einem Urtheile der Heidelberger Fakultät ausgesprochen, hat besonders in Senffert einen Vertheidiger gefunden und ist in der Praxis vielfach adoptirt worden ⁴⁾. So hat u. A. das O. A. Ger. zu Lübeck die

1) fr. 22 D. de compensat.

2) Krug S. 125.

3) Harter hebt dies S. 133 mit viel Emphase hervor. Sinteris, gem. Civilr. Bd. 2, S. 424; Ann. 36. Dieselbe Ans. pr. I. R.-h. t. §. 371.

4) Heibelb. Rechtsgutachten, herausgeg. von Martin 1808, n. 5. S. 272 ff. Senffert, Archiv für civil. Praxis Bd. 3. S. 195—198 Dagegen Gensler eod. S. 199—205.

vom Mandatar vorgeschützte Compensation mit einer von der Einnahme versprochenen Provision verworfen, weil dessen Anspruch vorerst nur darin bestehe, daß der Kläger zum Zwecke der Ermittlung der Provisionsforderung über die in Folge der Geschäfte des Beklagten eingegangenen Summen Rechnung stelle¹⁾.

Allein diese Behauptung ist im höchsten Grade irrig, da es einleuchtend ist, daß der Mandant, der Gesellschafter in solchem Falle in Folge des Vertrags eine Geldsumme schuldet, ja daß sogar die Größe dieser Schuld bereits objektiv feststeht und die Rechnungsstellung des Klägers nur dazu dienen soll, den Richter über deren Betrag zu belehren. Gegenstand der Obligation ist also nicht Rechnungsstellung, sondern Gelbzahlung.

Fr. 6 §. 7 D. de statuliberis 40, 7 und fr. 82 D. de conditionibus 35, 4, die Seuffert zu Unterstützung seiner Meinung beibringt und auf die er großes Gewicht legt, gehören gar nicht hierher. Es wird darin die Frage erörtert, worin die Verpflichtung eines Sklaven bestehe, dem die Freiheit unter der Bedingung vermacht wurde, daß er Rechnung gestellt habe, si rationes reddiderit und es wird entschieden, daß dem Sklaven damit nicht nur Rechnungsablage auferlegt werde, sondern auch die Herausgabe des in der Kasse Befindlichen. Dies kann keinesfalls beweisen²⁾, daß der Mandatar in Fällen, wo der Betrag der a. mand. contr. nur in Folge einer Rech-

1) Seuffert, Archiv II. n. 281. Auch D. A. Ger. zu Wiesbaden. Seuffert Bb. I. n. 32.

2) Das D. A. Ger. zu Wiesbaden (Seuffert I. n. 32) macht noch geltend, daß das Ende eines Prozesses, in welchem Mandatsverhältnisse solcher Art hereingezogen werden, nicht abzusehen sei. Dies könnte aber höchstens eine Verweisung ad separatim wegen Illiquidität, keinesfalls eine Beschränkung des materiellen Compensationsrechts rechtfertigen.

nungsstellung des Mandanten ermittelt werden kann, vorerst keine Geldforderung ansprechen könne ¹⁾).

§. 44.

Fortsetzung.

Gleichartigkeit durch spätere Verwandlung.

Compensation ist nach gemeinem Rechte nicht nur dann zulässig, wenn die Gegenforderungen sogleich bei ihrer Entstehung gleichartige Gegenstände zum Objekte haben, sondern auch, wenn sie erst später durch Verwandlung gleichartig wurden.

Die Fälle, in denen eine solche Verwandlung erfolgt, fanden sich nun aber freilich im klassischen römischen Rechte häufiger; sie waren anders normirt, als heutzutage. Und es ist daher zu klarerer Einsicht erforderlich, vorerst zu untersuchen, wann in jener Zeit Compensation mit von Anfang an ungleichartigen Gegenforderungen stattfand, und dann festzustellen, wann sie heute eintreten kann.

1) Weit verkehrter ist aber noch folgende Entscheidung des D. A. Ger. zu Lübeck (Seuffert, Archiv II. n. 279): Kläger hat die Forderung seines Debtors B. an dessen Schuldner A. kraft einer Generalhypothek mit Arrest belegt. A. führt an, daß er vor der Arrestanlage expromissionsweise bei K., einem dritten Gläubiger des B., intercedirt, den B. dadurch befreit und folglich eine Gegenforderung gegen ihn im Werthe der übernommenen Summe erhalten habe, die er auch noch dem Hypothekar zur Compensation gegenüberstellen könne. Das D. A. Ger. verwarf die Compensationseinrede, indem es behauptete, die Forderung, welche der Expromittent bei der Arrestanlage schon wirklich haben konnte, habe lediglich in einem Ansprüche auf Sicherstellung wegen der übernommenen Haftung oder allenfalls auf Befreiung, mithin auf ein Factum bestanden, die bloß mögliche Forderung aber, welche vielleicht künftig in dem Falle entstehen könnte, wenn der Expromittent aus jener Intercession Zahlung zu leisten hätte, sei zur Zeit der Arrestanlage noch nicht fällig gewesen. Alles dies ist höchst irrig. B. war durch jene Intercession völlig befreit, A. hatte daher jedenfalls sofort die a. mand. contr. auf den Werth der übernom-

1) Sehen wir einmal von den *f. g. actiones arbitrariae* ab, so konnte der Kläger nach klassischem Rechte aus Forderungen aller Art, was auch ihr nächster Gegenstand war, nur eine Verurtheilung in Geld verlangen¹⁾. Daher mußte der Beklagte regelmäßig allen Klagen Gegenforderungen in Geld entgegensetzen können, ja es mußte, da einmal Abschätzung der Forderungsrechte in Geld gewöhnlich war, sogar möglich werden, auch andere erst abzuschätzende Gegenforderungen zur Compensation zu bringen.

In der That haben ältere Juristen diese Erscheinung bereits bemerkt; sie sind nur zu weit gegangen, indem sie wegen der Statthaftigkeit der Compensation von ursprünglich ungleichartigen Forderungen das Requisite der Gleichartigkeit als Voraussetzung der Compensation überhaupt verwarfen²⁾. Die neueren Schriftsteller dagegen³⁾ behaupten häufig, daß es zwar in *bonae fidei iudiciis* nicht auf ursprüngliche Gleichartigkeit angekommen sei, daß dagegen zur Compensation in *strictis iudiciis* allerdings gefordert worden sei, daß die Gegenforderungen sogleich bei ihrer Entstehung gleichartig gewesen seien und daß erst Justinian von dem Erforderniß ursprünglicher *par species* abgesehen hatte.

menen Schuld, mit der er compensiren konnte. *Fr. 45 §. 5 D. mandati*, das man hierherbeziehen könnte, bezieht sich auf keine *Expromission*; in §. 4 ist die *Vulg. ei promiserit* richtig.

1) *Gaj. IV. 48.*

2) *Duarenus ad l. 7 D. sol. matr.*, vergl. oben S. 363, *Ann. 2.* Auch *Krug S. 131* nimmt an, es sei im klassischen Rechte auf *obligationes speciei* Compensation mit Geldforderungen zulässig gewesen, will aber dabei ein gewisses Schwanken bemerken. Er beruft sich dafür auf *fr. 5 D. de impens. in res dot. 25, 1*; vergl. darüber oben S. 133 folgende.

3) Vergl. *Brinz S. 143. Scheurl S. 173—179. Sintenis, gem. Civilrecht Bb. 2, S. 422.*

Zum Beweis führt man die Aeußerung von Gajus an, wonach in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est (IV. §. 66) und das Fragment von Paulus in den rec. sent. II. 5, 3. Allein Gajus spricht offenbar von einem Sonderverhältniß, der Compensation des Wechslers und auch Paulus handelt, wie wir gezeigt haben, von einer ganz eigenthümlichen Compensation durch den Kläger¹⁾.

In Wahrheit findet sich nirgends eine Andeutung in den Quellen, daß man zur Compensation, sei es bei bonae fidei, sei es bei stricti juris actiones verlangte, daß die Gegenforderungen sofort von ihrer Entstehung an gleichartig waren; ja es existiren aus der klassischen Zeit nicht wenig Beispiele, welche auch in Bezug auf stricti juris actiones das Gegentheil dokumentiren. Wir haben dieselben bereits bei verschiedenen Gelegenheiten kennen gelernt. Denken wir an die Compensation des Entschädigungsanspruchs wegen Zerstörung der verpfändeten Sache auf eine a. pecuniae creditae, die in fr. 4 §. 8 D. de doli mali exc. zugelassen wird²⁾, an die Aufrechnung des Entschädigungsanspruchs wegen des vom Gläubiger niedergebrannten Hauses des Schuldners auf die Darlehensschuld (Seneca, de benef. lib. VI. c. 5)³⁾, oder an die kaiserliche Entscheidung, wonach der Werth der res amotae auf die mit der a. ex stipulatu zurückgeforderte Dos aufgerechnet werden kann, c. 4 C. rer. amot. 5, 21⁴⁾. Oder erinnern wir uns der c. 8 C. de compens., wo die Legatsklage vom Kläger ange stellt wird und der Beklagte mit dem Entschädigungsanspruche

1) Vergl. S. 38 und über rec. sent. S. 240 u. fignde. (§. 23 u. 24.)

2) Abgebr. S. 181.

3) Vergl. S. 183, Anm.

4) Abgebr. S. 276.

wegen gewisser vom Gläubiger aus seinem Grundstücke perzipirter Früchte compensirt¹⁾.

2) Bei einer gewissen Klasse von Forderungen konnte nun aber der Kläger im klassischen Rechte doch auf Sachleistung klagen; der Richter hatte zuvörderst einen Bescheid auf Sachrestitution zu erlassen und erst wenn diesem nicht Genüge gethan wird, folgte eine durch *jusjurandum in litem* bestimmte Verurtheilung in Geld (s. g. *actio arbitraria*). Bei Ansprüchen solcher Art scheint Aufrechnung von Geldforderungen, wenigstens solange die Sachrestitution noch nicht unmöglich wurde, unthunlich. Gleichwohl finden wir sie merkwürdigerweise auch bei einer solchen Forderung zugelassen.

Fr. 18 §. 4 D. *commodati* 13, 7. *Gajus libro 9 ad edictum*. *Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quocum eo agitur, potest saluum habere jure pensionis*. Sed fieri potest, ut etiam amplius esset, quod invicem consequi oportet, aut ideo de re restituenda cum eo agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est, dicemus necessariam esse actionem contrariam.

Bei der *Commodatsklage* hat der Richter regelmäßig ohne Zweifel zunächst auf Restitution einer *Spezies* zu sprechen; das Verleihen von *Fungibilien* würde sich zum *Mutuum* gestalten haben. Dennoch soll der Beklagte mit seinen Gegenansprüchen aus dem *Commodat* auf die *Commodatsklage* compensiren dürfen.

Es ist nicht etwa bloß an einen Fall gedacht, in welchem die *commodirte Sache* durch Nachlässigkeit des Leihers beschädigt oder untergegangen ist und Geldentschädigung Objekt der *Klage*

1) Abgebr. S. 244.

wird; vielmehr hat der Jurist gerade einen Prozeß auf die Sache selbst im Auge, wie dies schon aus dem Gegensatz *aut ideo de re restituenda non agatur* klar hervorgeht.

Und es ergibt sich daraus, daß der Kläger, welcher Gegenansprüche aus demselben Geschäfte nicht tilgt, des Vortheils verlustig geht, ein Urtheil auf Sachrestitution zu verlangen, daß er sich vielmehr gefallen lassen muß, daß seine Forderung gerade behufs Compensation in Geld angeschlagen, gleichartig gemacht werde, während Compensation sonst nur um der Gleichartigkeit der Gegenforderungen willen erfolgt. Wir finden also, daß sich der Beklagte durch die um den Betrag der Gegenforderung geminderte *Litisästimation* von der Klage loskaufen könne; stünde ihm in solchem Falle doch auch ein Retentionsrecht zu.

3) Gerade dabei erhebt sich nun aber die Frage, wie es komme, daß der Beklagte in Fällen, in welchen ihm durch das Retentionsrecht ein weit ausreichenderes Mittel an die Hand gegeben zu sein scheint, Compensation in Anspruch nahm¹⁾.

Wählt der Beklagte das Retentionsrecht, so kann der Kläger durchaus zu keiner Befriedigung kommen, ehe er dessen Gegenforderung getilgt hat; die Erfüllung der Forderung bleibt selbst dann vollständig sistirt, wenn der Betrag der Gegenforderung in gar keinem Verhältnisse zu dem der Forderung steht; es erfolgt völlige Abweisung. Und da das römische Verfahren eine Entbindung von der Instanz nicht kannte, so konnte der einmal angebrachte und in *judicium* beducirte Prozeß nie wieder erneuert werden. Verlangt der Beklagte Compensation, so muß die Forderung, die der Kläger angesprochen hat, in Geld abgeschätzt, die Gegenschuld desselben taxirt und dann von der

1) Schon oben S. 98 angeregt.

Littisästimation abgezogen werden. Es bleibt dem Beklagten also immer eine Geldentschädigung zu leisten, wenn sein Anspruch die Höhe der Forderung nicht erreicht, während die Retentionsrede die Klage besetztigt hätte.

Dringen wir aber tiefer ein, so hat doch auch die Berufung auf Compensation nicht selten vor dem Retentionsrechte Vortheile, ja sie ist zuweilen unentbehrlich. Wenn der Beklagte freilich eine Leistung aus seinem Vermögen zu machen hat, nicht aber eine fremde Sache herausgeben muß, so wird er sich immer des Retentionsrechts bedienen. So wird er in dem Falle, den Pomponius libro VI. epistolarum mittheilt, nie in Versuchung kommen, Compensation anzurufen.

Fr. 8 D. de vino, tritico 33, 6. Si heres damnatus sit dare vinum quod in doliis esset et per legatarium stetit, quominus accipiat, periculose heredem facturum, si id vinum effundet, sed legatarium petentem vinum exceptione summoverti, si non praestet id quod propter moram passus sit heres.

Wird dem Erben der erlittene Schaden nicht ersetzt und dieser macht sein Retentionsrecht geltend, so wird der Legatar abgewiesen; er kann die Legatsklage nie wieder anstellen. Der Erbe befindet sich in der günstigsten Lage; er kann den Wein, der nie aufgehört hat ihm zu gehören, verkaufen, sich aus dem Erlös entschädigen und den etwaigen Ueberschuß für sich behalten.

Ebenso verhält es sich in dem in fr. 26 §. 4 D de cond. indebiti 12, 6 angeführten Falle.

Ulpianus libro 26 ad edictum.

Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicesimo Digestorum scribit, et centum manere stipula-

tionem. Licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia, nemo enim invitus cogitur ad communionem. Sed et conditio integrae rei manet et obligatio incorrupta; ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.

Gerade in dieser Stelle hat man häufig die Bestätigung des Sages finden wollen, daß Forderungen auf eine Spezies mit Geldforderungen nicht kompensabel seien; schon die Glossatoren glaubten dies durch die Worte entschieden: non fit confusio partis rei cum pecunia ¹⁾.

Indessen handelt Ulpian durchaus nicht von einer Kompensationseinrede, die in unserem Falle gewiß auch niemals angerufen wurde. Er bestimmt, daß die Schuld auf Hundert durch die Hingabe eines Grundstückes im Werthe von zweihundert nicht gedeckt sei; daß der Gläubiger nicht gezwungen sei, sich für eine Geldforderung mit einem Theile der hingebenen Sache zufriedenzustellen (non fit confusio partis rei cum pecunia), da Niemand einen Theil einer Sache an Zahlungsstatt annehmen müsse; dem Gläubiger bleibe seine Forderungsklage, der Schuldner erhalte die *condictio indebiti* auf Restitution der gegebenen Sache. Aber freilich tritt ihm hierbei eine Retentionseinrede entgegen, falls er die Zahlung der schuldigen Hundert nicht offerirt; er wird durch *exceptio doli* abgewiesen, die *Conditio* ist für immer verloren. Der Vertheidiger aber ist in der vortheilhaftesten Lage, er bleibt unanfecht-

1) Schon Azo, *summa ad Codicem*. h. t.

barer Eigentümer des zur Zahlung hingegebenen Grundstückes im Werthe von zweihundert ¹⁾).

Ganz anders gestaltet sich aber die Sache, wenn sich der Beklagte nur in der Detention einer fremden Sache befindet, deren Restitution ihm obliegt, wenn er also etwa Depositär, Commodatar ist. Hier wird unter Umständen das allzuschärfte Mittel der Retention wohl schattig. Denn wenn der Kläger halsstarrig ist, nicht nachgibt, so kann der Beklagte unter Umständen in die größte Verlegenheit kommen. Durch die Abweisung des Klägers ändert sich das Verhältniß des Detentors zur anvertrauten Sache nicht. Er kann sie nach wie vor nicht etwa verbrauchen, veräußern. Der Commodant kann das geliehene Pferd, selbst wenn der Gegner in Befolge einer Retention abgewiesen ist, nicht verkaufen, er muß es fort und fort ernähren, seine Gegenforderung bleibt unbefriedigt.

Daher wird der Beklagte in solchen Fällen nicht selten das geschmeidigere Mittel der Compensation wählen. Er läßt die Klagforderung zu einer Geldsumme anschlagen und compensirt auf diese die Gegenforderung. In Folge dessen gilt er nun als Käufer der commodirten Sache; er hat nun freie Disposition über sie, kann sie weiter verkaufen, sich aus dem Erlös für seine Ansprüche bezahlt machen und dem Gegner die Urtheilssumme entrichten.

Darum wird denn in diesem Falle schon von Gajus, sowohl von einem Retentions- als Compensationrechte gesprochen.

1) Ebenso wird der *bonae fidei poss.*, der mit einer dinglichen Klage belangt wird, das Retentionsrecht immer vorziehen, da er als *Usucapient* und *jurist.* Besitzer schon vortheilhaft gestellt ist. Es ist nur der Kläger, dem eine *deductio* von der *litis aestimatio* vortheilhaft sein kann. S. 343.

Zwischen beiden hat der Beklagte, dem eine Gegenforderung ex eadem causa zusteht, die Wahl.

4) Man hat in der späteren klassischen Zeit, wie wir wissen, auch Compensation von Forderungen ex dispari causa auf Ansprüche aus einem bonae fidei negotium zugelassen. Aber man ist dabei nicht soweit gegangen, daß man dem Kläger wegen solcher Schulden das Recht entzog, Restitution zu verlangen. Compensation aus disparaten Gegenforderungen fand nur statt, wenn sie gleichartig waren; um sie zu ermöglichen, wurden nicht etwa die Forderungen erst gleichartig gemacht. Der Beklagte konnte also nicht den Werth der ihm anvertrauten Sache aufrechnen, er hatte zu restituiren, damit nicht, wie sich Justinian ausdrückt, contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur¹⁾. Hieraus erklären sich einige Stellen, deren Interpretation immer bedenklich schien und die manche Irrthümer veranlaßten²⁾.

Diocletianus c. 4 C. commodati 4, 23. Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.

Solange die Restitution noch möglich ist, ist die Berufung auf einen nicht commeren Anspruch, ein debitum, nicht zulässig; dagegen soll gewiß Retention und Compensation wegen Gegenforderungen aus dem Commodate selbst, die seit Jahrhunderten durch die Jurisprudenz zugelassen wurde; deren Statthaftigkeit fr. 18 §. 4 D. de commodati unzweideutig anerkennt, durch unseren Ausspruch nicht ausgeschlossen werden.

In Bezug auf das Depositum findet sich in den receptae sent. II. 12 eine Stelle von Paulus, die bestimmt:

1) c. ult. C. depositi.

2) Vergl. z. B. Overbeck, Meibit. Bd. 1, S. 275 u. A. (siehe unten §. 46, n. 4 a. E.)

In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.

Auch dieses Excerpt hatte in seiner ursprünglichen Fassung wohl nur Gegenforderungen aus disparaten Rechtsverhältnissen im Auge. Denn schwerlich konnten die Juristen der späteren Zeit Compensation in Fällen ausschließen, in denen sie zu Gajus Zeit Anwendung fand ¹⁾. Und dieser nennt die a depositi ausdrücklich unter den bonae fidei act., bei denen Compensation ex eadem causa stattfindet ²⁾. Nur wegen nicht verwandter Ansprüche soll die Restitution keinen Aufschub leiden. — An solche Äußerungen alter Juristen hat sich dann eine Constitution Justinians angeschlossen, welche freilich von anderen Gedanken getragen wird und Compensation beim Depositum überhaupt verbietet ³⁾.

5) Im justinianischen Rechte galt die Verurtheilung zu einer Geldsumme nicht mehr als allgemeine Regel; daß sie gleichwohl noch sehr häufig war, namentlich bei Obligationen, die ein Thun zum Gegenstande hatten, ausschließlich vorkam, geht aus manchen Zeugnissen hervor ⁴⁾.

Jedenfalls änderte jene Neuerung nichts an dem Principe selbst, wonach Compensation in allen Fällen zulässig ist, in denen die Forderungen durch eine spätere Verwandlung gleichartig wurden. Und dieses Prinzip, wenn auch nicht in der Compilation theoretisch ausgesprochen, doch in einer Reihe von Anwendungen bezeugt ⁵⁾, ist in das neuere Recht übergegangen.

1) Cfr. Rrug S. 203.

2) Gaj. IV. §. 61 — 64. Ueber die Möglichkeit der Retention von depositirten Sachen wegen impensae. Collatio X. c. 3 §. 5. Modestinus.

3) Vergl. unten §. 46, n. 4.

4) cfr. §. 32 J. de act. 4, 6.

5) Außer den S. 420 angeführten Zeugnissen sind für das justinia-

Aber freilich tritt immer das Recht der Compensation, alle Folgen, die sich an dasselbe knüpfen, erst mit dem Momente der Gleichartigkeit ein ¹⁾. Die Verwandlung kann vor dem Prozesse vor sich gegangen sein, indem die ursprünglich stipulirte Leistung unmöglich oder unannehmbar geworden ist. Die Obligation, deren Gegenstand eine bestimmte Sache war, kann sich durch prästabile Schuld, durch Zufall, für den der Schuldner einstehen mußte, in einen Geldanspruch auflösen; es kann wegen Nichtlieferung zu bestimmter Zeit, nicht weniger wegen Eviction eine Geldforderung entstehen. Das Compensationsrecht tritt dann vom Augenblicke an ein, in welchem der Beklagte die ursprünglich bestimmte Leistung nicht mehr liefern kann.

In anderen Fällen bleibt es dem Gläubiger freilich unbenommen, statt des ursprünglichen Gegenstandes Entschädigung zu verlangen, der Beklagte kann aber immer noch Realprästation anbieten; erst wenn dem Kläger durch Urtheil Entschädigung zuerkannt ist, hört dies Recht auf. Kommen solche Gegenforderungen zur Sprache, so datirt die Compensation vom Augenblicke des Urtheils, durch welches die Verpflichtung des Beklagten, Geld zu leisten, erst unwandelbar festgestellt wird.

Wegen Gegenforderungen aus einem Commodate und ähnlichen Rechtsverhältnissen kann auch noch heute der Beklagte, falls der Gegner Erfüllung weigert, eine Abschätzung, eine Verwandlung des Anspruchs beantragen, um Abrechnung möglich zu machen; er kann auch auf seinem Retentionsrechte beharren ²⁾.

neische Recht die Stellen beweisend, die ursprünglich von einer *ret. ex dote* sprechen, jetzt sich auf Compensation beziehen, z. B. fr. 66 §. 1 D. solut. matr. 24, 3 (S. 153); fr. 7 §. 1 D. eod. S. 154, Anm. 2.

1) Unterholzner, Obligationenrecht Nr. 1, S. 558.

2) In Frankreich; wo man nur *dettes liquides* zur Compensation

§. 45.

C. Exigibilität.

Obligationen, die nicht erfüllt werden müssen, Obligationen, die noch nicht fällig sind, sind nicht compensabel. Der Gläubiger, welcher zur Gegenleistung nicht verpflichtet ist, welcher noch nicht zurückzahlen hat, kann nach Recht und Billigkeit das Fällige willkürlich eintreiben und der Schuldner kann auch nicht auf dem Wege der Compensation vorzeitige Befriedigung für seine Gegenforderung erzwingen. Allerdings wird er zuweilen auch für eine bloß künftige Forderung Sicherheit fordern können, ehe er seine Schuld zu leisten hat. Darin liegt aber keine Compensation, wie Krug meint ¹⁾, sondern eine auf besonderen Umständen beruhende Retention. Zerlegen wir unser Prinzip im Einzelnen.

1) Der Schuldner kann sich auf die betagte Forderung, die ihm zusteht, zur Compensation nicht berufen, da der Termin im Zweifel als zu Gunsten seines Gegners zugefügt gilt ²⁾;

zuläßt und demnach fordert, daß die Forderung nicht nur ihrer Existenz, sondern auch ihrer Größe nach genau bestimmt sei, ist eine Compensation mit Entschädigungsansprüchen faktisch ausgeschlossen. Nur mit einem Entschädigungsansprüche wegen Cerealien kann compensirt werden, da der Marktpreis zu Grunde gelegt wird, cod. civ. art. 1291 (noch aus dem alten Rechte. Merlin, rep. mot. compens. §. II. n. IV.) cf. art. 129 c. de proc. — Auch in England sind regelmäßig keine Entschädigungsansprüche, sondern nur ursprünglich gleichartige Schulden compensabel.

1) Krug, Compens. S. 106.

2) In mehreren bei den sächsischen Gerichten anhängigen Prozessen wurde zwar behauptet, daß der Schuldner bei einem Contocurrentverhältnisse eine vom Gläubiger acceptirte, aber noch nicht fällige Eratte, welche diesem zur Guthschrift übermacht sei, gegen denselben zur Compensation bringen dürfe, da es Brauch sei, solche noch nicht fällige Forderungen nach Abzug des Disconto zur Deckung fälliger Ansprüche zu benutzen. Das D. A. Ger. verwarf dies aber; es erkennt mit Recht keine rechtliche

fr. 7 D. de compens. Ulp. lib. 28 ad ed. quod in diem debetur non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dare oporteat. Auch nicht etwa Compensation des durch Berechnung des Interusuriums reducirten Betrages der Gegenforderung kann der Beklagte verlangen ¹⁾).

Dagegen hat der Schuldner der betagten Obligation das Recht, dieselbe auf seine unbetagte Forderung aufzurechnen, wenn er dies seinem Interesse gemäß findet. Dieses Recht kann ihm durch Handlungen des Gegners nicht mehr entzogen werden.

Ist der Termin ausschließlich zu Gunsten des Gläubigers zugesetzt, so kann er von Anfang an nach seiner Willkür Zahlung verlangen, er hat daher auch von Anfang an ein Compensationsrecht ²⁾).

Gleich betagte und in der Art gleich bedingte Forderungen, daß ihre Existenz an ein und dasselbe Factum geknüpft ist, sind sofort compensabel. Es entspricht dem Principe der Compensation, daß auch solchergestalt gleichartige Forderungen sich decken. Von Wichtigkeit wird dies im Concurse ³⁾).

2) Andere Grundsätze entscheiden, wenn eine früher unbetagte Forderung später gestundet wird. Gesah dies aus Mitleid, aus Gefälligkeit, bloß um die Bedrängniß des Schuldners zu mildern, so ist im Zweifel anzunehmen, daß nur die Klage befristet werde, die Compensation aber zulässig bleibe. So steht

Nothwendigkeit in diesem Verfahren. Wochenblatt für merkwl. Rechtsfälle. 1848, S. 230; ibidem S. 7 flgde.

1) Eine Ausnahme machte das ältere-röm. Recht bei Concurse S. 51, und ebenso Partikularges. Vergl. preuß. L. R. h. t. §. 353 u. flgde.

2) Dagegen freilich Härtter S. 114.

3) Thibaut, Pand. Dagegen Arng S. 104. Koch, Recht d. Ford. Bd. 2, S. 663.

Papinian¹⁾ mit Recht in der Frist, welche dem verurtheilten Schuldner nach den Gesetzen gewährt wird, bloß einen Aufschub der Execution; dasselbe muß bei einer Frist, die der Richter dem Schuldner im Urtheile offen läßt, gelten, und auch dann bleibt das Compensationsrecht unverfehrt, wenn der Gläubiger selbst bloß aus Mitleid dem Schuldner Aufschub gewährt. Die Befreiung reicht nicht weiter, als das Motiv, Erleichterung von augenblicklicher Bedrängniß.

Wurde dagegen der Stundungsvertrag entgeltlich abgeschlossen, oder des Vortheils beider Theile halber, so ist jede Geltendmachung der gestundeten Forderung unstatthaft und demnach auch die Compensation als ausgeschlossen zu betrachten²⁾. Danach beantwortet sich die Frage, ob Compensation zuständig sei, wenn der überschuldete Debitor von seinen Gläubigern durch ein Concordat Stundung erhielt. Dies wird im Interesse beider Theile abgeschlossen. Die Gläubiger gehen es ein, um sich die Befriedigung ihrer Forderungen zu retten, sie verzichten völlig auf einstweilige Geltendmachung, damit sie der vollständigen Zahlung später um so sicherer seien. Und so können die

1) Fr. 16 §. 1 D. de compensat. Papinianus libro 3 quaestionum, Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem Alii judicatus est, compensatio admittetur; aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis. Allgemeiner c. civ. art. 1292: le terme de grace n'est point un obstacle à la compensation.

2) Nicht distinguirt Neustetel, Ueber Compensation während der Dauer eines Moratoriums in Zimmern, römisch-rechtliche Untersuchungen Abh. 12. Ebensovienig das preuß. L. R. §. 356. Eine Ausnahme macht das L. R., wenn der Gläubiger nach gestatteter Zahlungsfrist Schulden, womit ein Dritter seinem Schuldner verhaftet ist, vertragmäßig (§ 357 u. 58) übernimmt und dadurch Schuldner seines Schuldners wird. Es steht darin einen Verzicht auf Compensation. Koch, Recht d. Ford. Ab. 2, S. 662.

gestundeten Forderungen, namentlich auf alle später erworbenen Forderungen des Schuldners, nicht compensirt werden. Durch solche Compensation würden die übrigen Gläubiger benachtheiligt werden, in deren gemeinsamem Interesse die Stundung bewilligt wurde, da der Schuldner durch sie verhindert würde, seine Verbindlichkeiten zur festgesetzten Zeit zu erfüllen ¹⁾. Hat der Gläubiger schon vor der Stundung compensable Schulden, so kann er sein Recht auf die Compensation, wenn er dem Stundungsvertrage zustimmt, nur durch einen Vorbehalt wahren. Hat er nicht zugestimmt, so bleibt sein Compensationsrecht unbedindert ²⁾.

3) Eine bedingte Forderung gilt vor Eintritt der Bedingung als nicht vorhanden; sie kann daher vorher weder eingeklagt, noch vom Schuldner zur Compensation benutzt werden. Geht dieselbe aber in Erfüllung, so wird die Forderung bekanntlich so behandelt, als sei sie von Anfang des Geschäftsabchlusses an unbedingt gewesen. Es könnte daher scheinen, als sei die Wirksamkeit der Compensationseinrede auf diesen Augenblick zurückzubattiren. In der That nimmt Krug ³⁾ dies an, ja er meint, daß das vor der Existenz der Bedingung Bezahlte, nach deren Eintritt als von Anfang an compensirt, mit der *condictio sine causa* zurückgefordert werden könne. Dies ist unrichtig; wenn auch die rechtlichen Wirkungen zurückbattirt werden, so bleibt

1) Cfr. Du*anton tome XII. n. 402. Urtheil des fr. C. S. vom 24. Nov. 1841. J. de Pal. 1841. 2. 726.

2) Ist etwa zur Hebung des Concurfes wirklich ein Nachlaßvertrag zu Stande gekommen, so fällt jedes Recht auf das Nachgelassene weg und es kann auch nicht zur Compensation benutzt werden. So wenigstens bei außerge. Nachlaßvertrag entschieden Seuffert, Archiv Bd. I n. 894.

3) Krug S. 109. Dagegen u. A. Unterholzner, Obligationenr. I. S. 557, Anm. 0.

jedenfalls die Thatsache wahr, daß der Schuldner bis zur Existenz der Bedingung zur Erfüllung der Gegenforderung nicht verpflichtet war; nur von diesem Augenblicke tritt daher das Compensationsrecht ein. Aus demselben Grunde nahmen wir oben an, daß sich Forderungen des Erben und Schulden des Erblassers erst vom Erbschaftsantritte an compensirten ¹⁾.

Ist die Bedingung ausschließlich in den Willen des Berechtigten gestellt, so kann er compensiren, wie wenn die Forderung unbedingt wäre.

Mit einer Forderung auf eine Leistung, deren Object unter einer Bedingung restituirt werden muß, kann inzwischen compensirt werden, wie Zahlung auf sie hin eingetrieben werden kann. Geht die Resolutivbedingung in Erfüllung, so kann der interimistische Schuldner die compensirte Summe zurückfordern, wie er sie im Falle der Zahlung zurückverlangen könnte ²⁾.

4) Auch Obligationen, bei denen die Voraussetzungen der Klagbarkeit noch nicht alle eingetreten sind, sind natürlich nicht compensabel. Hieraus beantwortet sich die Frage, ob der Bürge, welcher vor der Zahlung aus der Bürgschaft vom Debitor wegen einer persönlichen Forderung belangt wird, Compensation mit seinem Regressanspruch opponiren kann ³⁾. Sie ist dann zu gestatten, wenn der Hauptschuldner mit der Bezahlung, ungebührlich zögert, wenn er in Vermögensverfall geräth, wenn der Bürge bereits verurtheilt ist, kurz in den Fällen ⁴⁾, in denen

1) §. 383, not. 2.

2) Preuß. P. R. h. t. §. 348. Prug, Comp. §. 110 u. A.

3) Brunne mann ad leg. 4 D. h. t. Ant. Faber, codex def. Sabaudiae IV. 28, def. 13, not. 6.

4) fr. 38 §. 1 mandati 17, 1; c. 10, C. 4, 35. Girtanner Bürgschaft §. 530.

ihm bereits die a. mandati contraria zusteht, vorausgesetzt, daß der Hauptschuldner sich der Liberation des Bürgen nicht unterzieht und demnach entschädigungspflichtig wird ¹⁾).

5) Eine an einem bestimmten Orte zu erfüllende Obligation ist; nachdem sie fällig wurde, mit Forderungen, die an anderen Orten einverlangt werden können, compensabel. Denn der Gläubiger kann sie von diesem Augenblicke an überall einflagen und demnach auch zur Compensation bringen. Ihre Größe richtet sich aber freilich nicht mehr nach den Worten des Vertrags, sondern bestimmt sich nach dem Interesse, welches etwa Gläubiger und Schuldner bei rechtzeitiger Zahlung, resp. bei der Einforderung an dem Vertragsorte gehabt hätten. Dieser Werth, den der Richter findet und nicht erst schafft, bald größer, bald kleiner als die ursprüngliche Summe, ist der Compensation zu Grunde zu legen ²⁾. Nichts anderes will wohl *Javolenus* bezeugen.

libro II. epistolarum, fr. 15 D. de compens.

Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum, is petit a me, quam ei debeo pecuniam, quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari. Respondit: si Titius petit eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa; id est, ut ratio habeatur,

1) Den Wechselregreß wegen Nichtzahlung hat nur der letzte Indossatar, der Vormann erst, wenn er den Indossatar befriedigt, den Wechsel eingelöst hat. Daher kann der Wechselnehmer, wenn vorher über das Vermögen des Trassanten Concurs eröffnet ist, den Regreßanspruch auf eine ältere Schuld an den Gemeinschuldner nicht compensiren. Präj. des Preuß. D. Trib. Pr. 2054.

2) So auch preuß. L. R. §. 350 u. 351. c. civ. art. 1296.

quanti Titii intersuerit, eo loco, quo convenerit pecuniam dari.

Der Beklagte hatte angefragt, ob er auch eine Gegenforderung, die ihm der Kläger Titius an einem bestimmten Orte zu erfüllen habe, zur Compensation bringen könne. Javolenus antwortet bejahend und fügt hinzu, daß diese Forderung cum sua causa in Anschlag käme, aber freilich scheint er dies so gleich durch den Zusatz zu beschränken, daß das Interesse des Gegners Titius dabei in Anschlag käme, und damit scheint er zu verstehen zu geben, daß umgekehrt der Compensirende sein Interesse nicht geltend machen könne ¹⁾. Allein ein Grund für eine solche Restriktion ist nicht zu erfinden; wir glauben, daß Javolenus feststellen wollte, daß die causa vollständig berücksichtigt werden müsse, daß er dann nur die Konsequenzen davon auch nach der anderen Seite, die dem Anfragenden weniger nahe lag, ziehen wollte und daß wohl gelesen werden muß ut et ratio habeatur ²⁾.

6) In fr. 14 D. de compensat. bezeugt Javolenus libro 15: ex Cassio. Quaecumque per exceptionem perimi possunt, non veniunt in compensationem.

Eine Forderung, die durch eine peremptorische Exception entkräftet werden kann, ist, wenn wir vorerst von den Fällen absehen, in denen eine nat. obligatio übrigbleibt, nicht zahlbar, mithin auch zur Compensation nicht tauglich.

Fraglich kann aber wohl scheinen, ob Compensation dann unzulässig wird, wenn zwei Forderungen sich kläglich und com-

1) Dies nimmt Krug an S. 112.

2) Einige lesen statt Titii tua, so nach Krug Molinaeus tractatus de eo quod interest. Dies ist aber willkürlich.

penfabel gegenüberstanden und erst dann der einen, ehe Compensation erlannt wurde, eine Exception gegenübertrat. Wer völlige Tilgung der Forderungen durch ihre bloße Coexistenz ankündigt, wird consequent späteren Ereignissen keinen Einfluß mehr gestatten; wer diese verwirft, wird verlangen müssen, daß sich bis zum wirklichen Vollzuge der Compensation nichts ereignet, was das einmal erworbene Compensationsrecht wieder aufzuheben geeignet ist.

Und dies wird allerdings der Fall sein, wenn dessen Fundament, die Verpflichtung zur Zahlung des Gegenanspruchs, erloschen ist, mag dieses ipso jure, z. B. durch eine Zahlung von Seiten dessen, der das Compensationsrecht kennt oder durch Acceptilation, mag es durch eine peremptorische Exception aufgehoben sein. Schließt der Gläubiger daher nach Eintritt der Compensabilität einen Nachlaßvertrag, verliert er durch Selbsthilfe nach der Oratio divi Marci sein Forderungsrecht u. s. f., so hört die Compensabilität auf¹⁾. Aber die Wirkungen des Satzes, daß inzwischen vom Augenblicke der Compensabilität bis zum Wegfallen des Compensationsrechts ein Indebitum bestand, werden nicht aufgehoben, es sind für diese Zwischenzeit dem Schuldner keine Zinsen zu berechnen, er ist nicht in mora u. s. f.²⁾.

Nichtsdestoweniger glauben wir, daß die einmal erworbene Compensationseinrede bestehen bleibt, wenn auch die Verjährungsfrist für die Forderung, die ihr Fundament bildet, vor Durchführung der Compensation abgelaufen ist. Einrederechte, die einmal bestehen, sind unverjährbar, weil die Zeit ihrer Geltend-

1) So ist auch in einem Falle, den Huber, prael. ad Pand. h. t. n. 6 anführt 1681 entschieden worden.

2) Anders bei einem Verzicht auf Compensation, bei dem im Zweifel auf alle Wirkungen verzichtet wird.

machung nicht vom Inhaber abhängt und dieselbe erst dann am Platze ist, wenn der Gegner fordert ¹⁾). Durch willkürliche Zögerung des Gläubigers aber sollen Rechte des Schuldners nicht in Gefahr kommen. Es ist gerade ein Vortheil des Compensationsrechts, daß nun beide Klagen ruhen können. Dieser Vortheil ginge verloren, wenn eine Compensationsrede verfahren würde ²⁾).

Wie es sich aber verhalte, wenn die angerufene Forderung schon vor dem Augenblicke der Coexistenz verjährt war, das werden wir sogleich im Folgenden untersuchen.

7) Inwieweit eine *tantum naturalis obligatio* zur Compensation tauglich, ist nicht unbestritten. Die Beantwortung dieser Frage ist um so schwieriger, als über den Begriff der *naturalis oblig.*, wie über die einzelnen Fälle ihrer Anwendung immer noch der größte Streit herrscht ³⁾).

Eine *naturalis obligatio* findet sich nach unserer Ansicht dann, wenn die Römer eine sittliche Verpflichtung zu einer Leistung annahmen, welche nicht positiv durch Klage geschützt war. Sie hatte insoferne Rechtswirkungen, als zu ihrer Umgehung das Recht niemals behülftlich sein sollte. Deshalb verweigerte man die *condictio indebiti*, wenn auf sie hin gezahlt war, deshalb hat man später auch die Compensation auf sie hin zugelassen. Man hätte die unbillige Weigerung der Erfüllung von Staatswegen unterstützt und gefördert, wenn man die Klage

1) Savigny, System Bd. 5, §. 253.

2) Das preuß. L. R. hat dies §. 377 sanctionirt. Auch ist dieser Satz überhaupt, freilich in Folge falscher Auffassung von *ipso jure*, allgemein anerkannt. Wir glauben uns daher der Citate enthalten zu dürfen.

3) Vergl. aus neuester Zeit Savigny, Obligationenr. Bd. 1, §. 5—13. Brinz, krit. Bl. S. 3, S. 12 (eine treffliche Abhandlung, aber wie wir glauben, nicht richtig). Unsere Auffassung werden wir an anderem Orte näher begründen.

auf die Forderung des Gläubigers ohne Berücksichtigung der naturalen Gegenschuld zugestanden hätte.

Ulpian bestimmt libro 30 ad Sabinum:
fr. 6 D. de compensat. etiam, quod natura debetur, venit in compensationem ¹⁾).

Gegen diese Entscheidung muß regelmäßig der Ausdruck des Javolenus zurücktreten, wonach keine Forderung, der einmal eine Exception entgegensteht, zur Compensation dienen soll; er ist auf Fälle zu beschränken, in denen die Exception auch nicht einmal eine naturale Verbindlichkeit übrig ließ ²⁾). Das ergibt sich aus einem Aussprüche von Venulejus, den wir schon früher kennen lernten ³⁾). Der Gläubiger, welcher den einmal anhängigen Prozeß eines formellen Fehlers wegen verlor, dem sonach die *exc. rei in iudicium deductae* entgegenstand, kann danach die naturale Forderung, die ihm übrig blieb, immer noch zur Compensation benutzen.

Doch wird allerdings in einigen Fällen der naturalis obligatio die Zulassung der Compensation sehr beschränkt und erschwert sein. So in dem Falle, in welchem Jemand durch ein ungerechtes Urtheil freigesprochen wurde. Regelmäßig wird nämlich unter dem Vorwande, daß das frühere Urtheil ungerecht war, der Prozeß auch nicht bei Gelegenheit einer Compensationsrede erneuert werden können. Er gilt unter den Parteien als richtig entschieden ⁴⁾).

1) Beispiele: fr. 20 §. 2 D. de statulib. 40, 7; fr. 3 §. 4 D. neg. gest. (doch ist die nat. obl. in letzterer Stelle bestreitbar).

2) a. Anf. Krug §. 41 u. A.

3) fr. 6 §. 1 D. ratam rem hab. 46, 8; oben S. 189.

4) Das nimmt auch Savigny, Obligationenrecht Bb. I. S. 92 an. Das Fortbestehen einer nat. obl. stellt in Abrede u. A. Rangeroff Bb. I. §. 173.

Ebenso wird auch eine Forderung nach Ablauf der Klageverföhrung kein Compensationsrecht mehr begründen. Die einmal verfährtete Forderung kann auch nicht als Einrede unter dem Vorwande einer naturalis obligatio benutzt werden ¹⁾).

Gerade die übrigen Fälle, in denen die Römer eine naturalis oblig. kennen, sind meist im heutigen Rechte aus verschiedenen Gründen unanwendbar geworden ²⁾. Der formlose Vertrag erzeugt ein Klagerecht, die Sklavenverhältnisse sind bei uns verschwunden; das S. C. Maced. ist mit der schnelleren Selbstständigkeit der Hausöhne von minderer Wichtigkeit geworden. Neuere Gesetzgebungen erwähnen daher der Zulassung der Compensation wegen einer nat. obligatio nicht, und man nimmt meist an, daß sie unter deren Herrschaft nicht zu berücksichtigen sei ³⁾.

1) Dies adoptirt auch Unterholzner Vb. 2, S. 314, ob er gleich eine nat. obl. zugibt. Dagegen Puchta S. 77. Savigny, System Vb. 5, S. 404. — Das Vorhandensein einer nat. obl. in solchem Falle wird überdies von vielen geleugnet; z. B. Vangerow Vb. I. S. 151.

2) Savigny, Obligationenrecht 1, S. 124.

3) Das preuß. L. R. schweigt. Doch beruft man sich gegen die Zulässigkeit auf §. 342, „daß der, welchem die Compensation entgegengesetzt wird, an dem, was er mit Recht zu fordern hat, nichts verliere“! Koch, Recht der Ford. Vb. 2, S. 657. Bornemann Vb. 3, S. 335. Dagegen meint Vielig, daß Forderungen, deren Einflagung das Gesetz nur für unzulässig erklärte, z. B. das Darlehen an Prinzen, Prinzessinnen, königl. Schauspieler durch Compensation geltend gemacht werden könne. Und das ist wohl trotz des Widerspruchs Bornemann's loc. cit. richtig. — Nach art. 1367 des c. civ. sind Naturobligationen nur zahlbar; die cond. indebiti ist nur ausgeschlossen, wenn wesentlich gezahlt wurde; es findet sich also auch kein negativer Zwang zur Erfüllung, und so nehmen die Franzosen mit Recht an, daß sie zur Compensation nicht genüge; vergl. Duranton tome XII. titr III. n. 406. Molitor, traité des obl. tome III. n. 994.

§. 46.

D. Ausnahmen von der Statthaftigkeit der Compensation.

Selbst wenn sich gegenseitige, gleichartige und exigible Forderungen gegenüberstehen, ist Compensation zuweilen ausgeschlossen, sei es in Gemäßheit eines Verzichtes oder wegen einer vertragmäßigen oder gesetzlichen Modalbestimmung oder in Folge eines besonderen Privilegs.

1) Verzicht. Compensation ist zum Vortheile des Schuldners gegeben, welcher mit Recht verlangen kann, daß der Gegner nicht einseitig Zahlung eintreibe, ohne seiner gleichartigen Verbindlichkeit nachzukommen und der demnach Abrechnung als das einfachste Mittel, beide Theile zufriedenzustellen, beantragt. Da dies Recht zu seinen Gunsten besteht, so ist ein Verzicht auf das Compensationsrecht statthaft. Auch wäre es unrichtig zu behaupten, daß der Gläubiger, welcher doch eine gleiche Summe zurückzuerstatten hat, kein Interesse bei der Ausschließung der Compensation habe und sich deshalb auf jenen Verzicht nicht berufen könne; es ist ihm schon ein Vortheil ¹⁾, sofortige Befriedigung ansprechen zu können, ohne sich auf weitläufige Erörterungen über die Gegenforderung einlassen zu müssen, außerdem wird ihm in vielen Fällen ungleich nützlicher und förderlicher sein baares Geld zu erhalten, das er beliebig verwenden kann ²⁾.

1) Vergl. §. 371 u. 372.

2) Freilich sollte nach der Theorie, wonach die Gegenforderungen ohne Zuthun des Interessenten durch Compensation aufgehoben werden, Verzicht keine Wirkung haben, vergl. §. 296; nichtsdestoweniger ist dies nirgends durchgeführt. Die franz. Jurisprudenz ist in größter Verlegenheit. Toullier t. VII. n. 393 u. 525 meint, daß man zwar nicht vorher, aber nach dem Eintritte der Compensabilität verzichten kann. Delvincourt tome II. p. 579 u. 580 läßt allgemein Verzicht zu.

Der Gläubiger kann daher die Compensationseinrede durch die Replik des Verzichtes beseitigen, sowohl dann, wenn der Schuldner auf ein bereits erworbenes ¹⁾, als auch, wenn er auf ein zukünftig erwachsendes Compensationsrecht verzichtet hat. Es ist auch nicht nothwendig, wie Krug meint, daß die Forderung, womit oder worauf man compensiren zu wollen verzichtet, eine bereits bestimmte sei, ein Verzicht auf eine künftige noch unbestimmte Berechtigung ist nicht ungültig. Es können also zwei Personen gültig bestimmen, daß bei ihren gegenseitigen Forderungen das Recht der Compensation keine Anwendung finden solle ²⁾.

Dagegen scheint uns der Verzicht auf Compensation allerdings im Zweifel nur für den Fall der wechselseitigen Zahlungsfähigkeit beabsichtigt, man schließt ihn ab im Vertrauen auf Zahlung von Seite des Gegners. Tritt aber Concurs von der einen Seite ein, so fällt diese Voraussetzung weg und deshalb wird in solchem Falle jener Verzicht wirkungslos.

Der Verzicht kann sowohl gegenseitig sein und so die Gegenforderungen völlig incompensabel machen, als auch bloß zu

Dabei kommen wir freilich zum Curiosum, „daß durch Verzicht auf das Compensationsrecht eine bereits getilgte Forderung wiederanslebt“, cfr. *Sebirę et Cart. encycl. de droit t. V. m. comp. n. 65, s'il peut y avoir des cas particuliers dans lesquelles il soit possible de renoncer à la compensation, on ne peut admettre en général en thèse du droit commun, qu'on puisse renoncer à la compensation! preuß. L. R. §. 372* erkennt die Zulassung des Verzichts ausdrücklich an.

1) Daß im Verzicht auf ein erworbenes Compensationsrecht bloß ein Verzicht auf die rückwirkende Kraft der Compensation liege und daß demnach der Schuldner immer noch compensiren könne, behauptet Krug §. 80—84 mit Unrecht. Dagegen Fuhr, *Recens. S.* 230.

2) Unrichtige Ansichten bei Krug *S.* 216.

Gunsten des einen Theiles abgeschlossen sein, so daß sich nur dieser darauf berufen kann.

Der Verzicht kann ausdrücklich erklärt sein ¹⁾, er kann aber auch unter besonderen Umständen in der Art, wie die Zahlung durch den Schuldner versprochen wurde, stillschweigend liegen. So in einem Falle, den Merlin repertoire ²⁾ mittheilt. Der Amtsbdiener Domez schuldete dem Kaufmann Peter Blüchard in Valenciennes 140 fl. Eines Tages hört dieser, daß Domez aus einer Versteigerung eben 600 fl. in der Kasse habe, begibt sich zu ihm und bittet ihn auf das dringendste, diese Summe einem Freunde, der in großer Noth sei, zu leihen; er gibt ihm dabei sein Ehrentwort, daß er ihm jene Summe binnen 24 Stunden ersetzen werde. Domez weigert sich lange, endlich gibt er nach. Als er andern Tags von Blüchard Zahlung fordert, hält ihm dieser Compensation entgegen. Diese war zu verwerfen und zwar nicht deshalb, wie das urthellende flandrische Gericht annahm, weil hier ein Leihen vorkam, sondern, weil in dem vorliegenden Versprechen der Rückzahlung von Seiten Blüchard's ein Verzicht auf Compensation zu sehen war. Dagegen ist dann, wenn sich nicht aus den Verhandlungen über den Abschluß des Geschäfts ein Motiv zur Verzichtleistung ergibt, oder andere äußere

1) Die Absicht der Contrahenten bestimmt natürlich den Umfang des Verzichts. Würde etwa bei einer Versteigerung durch eine Concursmasse ausdrücklich bedungen, daß die Steigerer mit Gegenforderungen nicht compensiren sollten, so ist deswegen eine Compensation des Steigerers mit Gegenforderungen aus dem Kaufgeschäfte selbst nicht ausgeschlossen (Entsch. des Gr. Hess. D. A. Ger. 10. Jan. 1852); der Zweck war nur, die Steigerer zu erinnern, daß sie Forderungen an den Cridar nicht aufrechnen dürften.

2) mot. compensation §. 2 XI.

Gründe deren Annahme rechtfertigen, im Allgemeinen in dem Versprechen baarer Zahlung ein Verzicht auf Compensation nicht zu sehen. In diesen Ausdrücken liegt meist nur eine förmlichere Erklärung über die Schulverbindlichkeit ¹⁾. Noch weniger kann ohne äußere Unterstützung ein Verzicht auf die Compensation in dem Versprechen, eine Schuld binnen zwei Monaten berichtigen zu wollen, gefunden werden ²⁾.

Die Bestärkung des Versprechens der Zahlung durch Eid, oder was heutzutage häufiger vorkommen wird durch Ehrenwort, bewirkt an und für sich an den aufgestellten Grundsätzen keine Veränderung ³⁾.

In der Nichtvorschätzung einer dem Schuldner bekannten Compensationseinrede, liegt mit nichten, wie Krug annimmt, ein Verzicht auf dieselbe; er begibt sich nur des Rechts, sie in dieser Instanz vorzuschützen ⁴⁾.

1) Cfr. etwa fr. 20 §. 2 D. de statuliberis 40, 7. Auch die englischen Gerichte entschieden, daß in dem Ausbruche: the goods were to be sold on ready money terms kein Verzicht auf Compensation liege, Burge on colonial laws III. S. 873. Das preuß. L. R. bestimmt: ein bloßes auch eidliches Versprechen, baare Zahlung zu leisten, ist für eine Entfagung nicht zu achten; desgl. sächs. Entw. §. 1014. In demselben Sinne ließ das bad. Hofgericht (Jahrbücher 1824, S. 274) Compensation gegen den Steigpreis zu, obgleich im Versteigerungsprotokoll bedungen war, daß der Theilung wegen Verkauf „gegen baare Zahlung“ erfolgen solle, bis dahin Eigenthum vorbehalten sei. Vergl. auch F u h r, Rec. S. 230; nicht hierher gehört die Endentsch. bei Seuffert I. n. 335.

2) Vergl. Erl. bei Seuffert, Archiv Bd. IV. n. 214; ebenso I. sächs. Ger. Wochenblatt 1848, S. 230.

3) Alte Streitfrage, z. B. Ludovici, de juramento compensationem non excludente. Halae 1717 u. A.; vergl. etwa auch Overbeck, Medit. Bd. 1. Med. 49.

4) Siehe unten §. 47. a. Anf. Krug S. 217. Koch, Recht d. Ford. Bd. 2 S. 670 und dort cit. — Fälle des stillschweigenden Verzichts haben wir oben S. 389, 391 kennen gelernt.

Durch eine Verzichtleistung auf die Compensation, die nach Abschluß eines Bürgschaftsvertrages erfolgte, können, wie wir sahen, die Rechte der Bürgen und Accessionen nicht geschmälert werden ¹⁾).

Bei dem Verzicht auf Compensation bleibt die Forderung immer auf jede andere gesetzliche Art tilgbar. Hat Jemand indessen öfter Gelegenheit gehabt, Compensation anzurufen und hat er dies wissentlich versäumt, ohne daß sich ein Grund auffinden läßt, warum er nicht compensirte, so kann darin unter Umständen ein Verzicht auf die Schuld selbst gesehen werden, besonders wenn die übrigen Verhältnisse die Vermuthung des Schulberlassens unterstützen ²⁾).

2) Wenn auch der Gläubiger regelmäßig seine Forderung zur Deckung seiner Schuld verwenden und daher abrechnen muß, so muß dies Recht doch in allen Fällen wegfallen, in denen der Gegenstand dieser Forderung zu gewissen anderen Zwecken bestimmt ist oder, ohne daß es der Gegner unbillig finden kann, dazu verwendet werden darf.

Der Schuldner hat demnach vor Allem kein Recht auf Compensation gegen Forderungen, deren Ertrag bei Entstehung der Obligation im voraus zu einem besonderen Zwecke bestimmt wurde. Dieser Grundsatz ist zwar in den uns erhaltenen Quellen des römischen Rechts nirgends bezeugt, auch die Schriftsteller des gemeinen Rechts haben ihn in dieser Allgemeinheit nirgends ausgesprochen, er fließt aber aus dem Wesen des Compensa-

1) L. R. h. t. §. 374. cod. civ. art. 1299.

2) fr. 26 D. de probat. 22, 3. cfr. Voet, ad Pand. h. t. n. 3. Gegen eine zu weite Interpretation preuß. L. R. h. t. §. 376: „aus der Zahlung ohne Abrechnung allein folge nicht, daß die Gegenforderung erloschen sei.“ Dies versteht sich von selbst.

tionsrechts und ist in einzelnen Anwendungen in der Praxis längst anerkannt ¹⁾. Doch wird auch eine solche Forderung compensabel, wenn die Erfüllung des Zwecks, zu dem der Ertrag der Forderung bestimmt war, unmöglich wird.

Wenn demnach bei dem Verkauf einer Sache bestimmt wurde, daß der Erlös zur Abfindung eines dritten Gläubigers des Verkäufers dienen solle, so muß der Käufer effektiv zahlen und kann nicht Gegenforderungen an den Verkäufer zur Compensation bringen ²⁾.

Hat der Erblasser einem Legatar eine Summe vermacht mit der Auflage, sie sogleich oder nach einer gewissen Zeit einem Fideicommissar zu restituiren, so kann der Erbe der Forderung des Legatars höchstens insoweit Gegenforderungen opponiren, als der Honorirte persönlich Vortheil aus dem Legate hat, nicht aber insofern sie zur Restitution bestimmt ist. So entschied denn auch das sächs. O. A. Gericht in einem Falle, in welchem dem

1) Das preuß. L. R. erkennt ihn h. t. §. 349 per arg. a contr. an, „was Jemand zu einem gewissen Zwecke zu fordern hat, kann er abrechnen.“ Der sächs. Entwurf bestimmt der Sache nach ganz richtig, §. 1014. Hat Jemand die schuldigen Gelder zur Erfüllung eines gewissen Zweckes zu verwenden versprochen, so kann er dessen Forderungen an den Andern wider dessen Willen nicht in Anrechnung bringen. Nur würden wir eine weitere Fassung wünschen, „ist der Ertrag einer Forderung zu einem gewissen Zwecke bestimmt.“ Die Motive bemerken, man muß in solchen Fällen eine Entfagung auf die Aufrechnung schon deshalb finden, weil durch die Aufrechnung die Verwendung zu dem angegebenen Zwecke vereitelt wird. Man kann den Gesichtspunkt der Entfagung gelten lassen; in Wahrheit fehlt aber der Grund alles Compensationsrechts, *dolo facit, qui petit, quod redditurus est.* — a. Ans. freilich *Parrrer* S. 117.

2) *Toullier*, *droit de compens.* VII. chap. 5, §. 394. *Mevius* pars II. 131: *quod non modo „quantitatis“ sed „speciei“ debitor erit emtor obligatus ad liberandum venditorem.* — *Videtur etiam deesse ratio compensationis.* Pars VII. 264. *Brunnemann*, in *Pand.* ad l. 13. *Preuß. L. R.* §. 370.

Legatar ein Legat von 3000 Thalern mit der Bestimmung hinterlassen war, daß selbiger davon in ein Hospital eingekauft werde ¹⁾, der Rest jener Summe aber seinen Kindern verbleibe, nachdem der Legatar noch ehe er eingekauft war, starb, daß der Erbe auf die dem Legatar selbst zuge dachte und ursprünglich zum Einkauf ins Spital bestimmte Summe jetzt compensiren könne, nicht aber auf den zur Restitution an die Kinder bestimmten Rest.

3) Compensation fällt ebenso weg, wenn ein Anspruch seiner rechtlichen Natur nach zu einem gewissen Zwecke bestimmt ist, so namentlich bei Alimentenforderungen ²⁾. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis immer angenommen, und wenn es auch nicht ausdrücklich in Stellen des römischen Rechts ausgesprochen ist, so ist es doch der äußerste Grad von Verkehrtheit und beruht auf einem Mißkennen unseres Instituts, wenn man deswegen in neuerer Zeit Compensation auf Alimente für statthaft erklären will ³⁾.

1) Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 5ter Jahrg. S. 345. Hierher gehört auch ein Urtheil des Gerichtshofs von Bordeaux vom 7 März 1831, Gaillard de Beaucocourb gegen Bourbineau. Ersterer schuldet den Armen von St. Germain de Pres eine jährliche Rente von 400 Franks; Letzterer hatte deren Zahlung durch Vertrag übernommen. Später wegen Nichtausführung dieses Mandats belangt, setzte er Gegenforderungen an Bourbineau zur Compensation entgegen. Es wurde aber entschieden, daß, obgleich die Armen nicht in den Vertrag eingetreten waren, doch die Compensation als durch den Willen der Contrahenten abgeschlossen, zu verwerfen sei.

2) Man hat sich früher meist auf c. 3 C. de compens. bezogen, die allerdings die allgemeine Unstatthaftigkeit der Compensation auf Alimente nicht beweisen kann. Glück Bd. 15, S. 88. Daraus folgt aber nicht, wie Rrug s. 78, Sintonis Bd. 2, S. 429, Anm. 50 annimmt, deren Zulässigkeit. — Das preuß. L. R. schließt §. 366 u. folgende die Compensation aus und ebenso der c. civ. art. 1293 n. 3 auf die alimens insaisissables. Das österr. Gesetzbuch schweigt.

3) Auch daß nur bis zur Summe für nothdürftige Ernährung Com-

Fraglich kann nur sein, ob auch Compensation auf rückständige Alimente ausgeschlossen ist. Da diese nicht mehr den Unterhalt des Klägers ermöglichen, so ist sie, wie das auch die gemeine Ansicht ist, nicht zu verweigern ¹⁾. Doch möchte die Zulassung eine Modifikation erleiden, wenn der Alimentande Schulden gemacht und für diese die ihm zuerkennenden Alimentengelder cebirt hat ²⁾.

Person, Gehalt ist an und für sich noch nicht als Alimentenforderung zu betrachten.

4) Der Deponent soll gleichfalls Compensation mit Gegenforderungen nicht zu dulden haben, sondern vor wie nach über die deponirten Werthe nach Willkühr schalten und sie nach freiem Ermessen zu den Zwecken bestimmen dürfen, zu denen er sie verwenden will.

Dies hat Justinian in der c. 41 C. depositi 4, 34 bestimmt und so die Regeln des alten Rechts erweitert, welches nur Compensation ex dispari causa gegen eine Restitutionsforderung auf eine deponirte Spezies ausschloß ³⁾.

Er bestimmt in dieser Verordnung, daß einer Depositumsforderung, sei sie nun auf Rückgabe einer Sache oder Erstattung von Geldern richtet (si quis vel pecunias vel res depo-

pensation ausgeschlossen sei, wie u. A. Harrter meint S. 122 ist ungegründet.

1) cfr. Voet, ad Pand. h. t. n. 18. Die franz. Jurisprudenz schließt übrigens in Folge der allgemeinen Fassung des art. 1293 auch Compensation auf rückständige Alimente aus, c. de cass. 17. mai 1831; das preuß. L. R. § 36 u. 367 läßt auch gegen rückständige Alimentgelder nur den Einwand u, daß die Gegenforderung zum Unterhalte der zu verpflegenden Person erwendet worden. Dies ist jedenfalls auch gemeinrechtlich fr. 8. §. 22. de transact. 2, 15.

2) Vergl. überhaupt Xabin, Miscellen erstes Buch 1814.

3) Vergl. oben S. 421.

sitionis titulo accepit) auf keine Weise Compensation opponirt werden solle, quum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Namentlich solle auch eine Deposituumsforderung der Deposituumsforderung nicht zur Compensation entgegengestellt werden können ¹⁾.

Eine Beschränkung dieses allgemeinen Ausspruches ist in keiner Weise zu rechtfertigen. Krug ²⁾ meint zwar, die Verordnung bezüge sich nicht auf Gegenforderungen ex pari causa und allerdings hätte es nahegelegen, dieser besonders zu gedenken; gleichwohl liegt in der Nichterwähnung bei der unbedingten Ausschließung jeder Art von Compensation kein Grund, Compensation mit Gegenforderungen aus dem Depositum selbst ausnahmsweise zuzulassen. Jedenfalls ist die Weglassung aller Stellen des älteren Rechts, welche ein Retentions- oder Compensationensrecht mit Forderungen ex pari causa zuließen ³⁾, in der Compilation ein Argument dafür, daß man zur Zeit Justinian's das Verbot auch auf solche Gegenforderungen bezog. Völlig willkürlich ist es aber, wenn Glück die Gattchastigkeit der Compensation beim Depositum irregulare annimmt, wenn Harrter ⁴⁾ sie, falls die deponirte Sache durch Dolus und Culpa untergegangen ist, zuläßt. Durch die Deposition soll das Dispositionensrecht des Deponenten völlig ungeschmälert bleiben; es ist malhonnet ⁵⁾ vom Depositär, dasselbe in irgend

1) Wiederholt c. ult. C. de compens. §. 30 J. de act. 4, 6.

2) S. 204. Dögl. Overbeck, Mebit. B. 6, S. 235 u. A.

3) J. B. Modestin's Ausspruch coll. tit. c. 2 §. 6 oben S. 427.

4) Glück Bb. 15, S. 76. Harrter, Comp. S. 123. Dagegen u. A. Overbeck, Mebit. Bb. 6, S. 224 u. Spade.

5) Allgemein daher auch preuß. L. R. h. t §. 364. c. civ. art. 1293. — Unbestimmt österr. G. §. 1440.

einer Weise verkümmern zu wollen ¹⁾). Dagegen steht dem Deponenten ²⁾ von Anfang an das Recht zu, mit seiner Depositarforderung auf etwaige Schulden an den Depositar abzurechnen ³⁾).

5) Indem Justinian in der *c. ult. C. de compens.* das Compensationsrecht bei dinglichen Klagen erweiterte, war er auf der anderen Seite veranlaßt, doch demjenigen, welcher sich unrechtmäßiger Weise in fremden Besitz gesetzt hatte, Compensation abzusprechen ⁴⁾).

possessionem autem alienam perperam occupantis compensatio non datur.

Diese Ausschließung der Compensation findet aber der allgemeinen Fassung unserer Bestimmung nach nicht nur statt, wenn Jemand eine Speziez, die einem Andern gehört, occupirt ⁵⁾ und in Gefolge angestellter dinglicher Klage zur *Litisästimation* verurtheilt wird; sondern immer, wenn sich Jemand fremden Eigenthums, fremder Summen unrechtmäßiger Weise bemächtigt

1) Daß auch das Gläubigercorps demjenigen, der ein Selbbedpositum aus dem Concurs fordert, die Einrede der Compensation nicht opponiren kann, versteht sich von selbst. *N. Anf. Krug S. 205; vergl. Fuhr, Rec. S. 220.*

2) *a. A. Krug S. 77; dagegen Fuhr, Rec. S. 229.*

3) Bei dieser Gelegenheit führt man noch als Ausnahme an, daß gegen die *Dotalklage* Compensation unzulässig sei; darüber ist ausführlich gehandelt oben §. 16, S. 169; und daß in Folge von *c. 4 C. de commodati* 4, 23 Compensation gegen eine *Commodatsklage* ausgeschlossen sei; darüber vergl. S. 426. Die unrichtige Auffassung in Bezug auf das *Commodat* ist in den *c. civ. §. 1293* und das preuß. *L. R. §. 363 u. 365* übergegangen, das Compensation auf die geliehene Speziez selbst, nicht aber auf den etwaigen Entschädigungsanspruch verbietet. Ebenso in das *Oesterr. L. R. §. 1440.*

4) Vergl. §. 37, S. 365.

5) Nicht jeder *malae fidei poss.* ist übrigens, wie *Krug S. 200* annimmt, ein *perperam occupans*. *fr. 31 §. 1 D. de her. pet. 5, 3* gehört nicht hierher; vergl. S. 354 *figende.*

und etwa auch mit einer persönlichen Klage irgend einer Art zur Herausgabe angehalten wird ¹⁾). Der Uebelthäter soll durch seine That die freie Disposition des Gegners, die dieser sonst über sein Vermögen gehabt hätte, nicht beschränken und ihn nicht durch dieselbe zur Abrechnung auf seine Gegenforderungen zwingen können ²⁾). Mit Recht wurde daher u. A. vom D. A. G. zu Stuttgart in einem Falle, in welchem einem Ortsvorsteher von der Theilungsbehörde, der einer armen Frau zugefallene Erbtheil zur Auszahlung übersendet wurde und der Gemeinderath diese Gelder zur Gemeindefasse zog, aus der ihr bisher Unterstützungsbeiträge gereicht worden waren, die Compensation jener Beiträge gegen die Klage auf Herausgabe der eigenmächtig vor-enthaltenen Gelder verworfen ³⁾).

6) Ausnahmen von der allgemeinen Statthaftigkeit der Compensation finden sich auch im römischen Rechte bei gewissen Forderungen des Fiscus und der Städte. Die darüber aufgestellten Regeln sind im Einzelnen durch die besondere Gestaltung der römischen Finanzverwaltung der Kaiserzeit bestimmt worden, und demnach für heutige Zustände weder ausreichend, noch vollständig anwendbar. Die Prinzipien aber, welche zu Grunde lagen, behaupten immer noch ihre allgemeine Gültigkeit und aus ihnen sind wohl allenthalben den heutigen Verhältnissen angepasste analoge Regeln entworfen.

1) Daher auch bei der *condictio furtiva* (wonach fr. 10 §. 2 D. de comp. S. 259 modificirt ist), beim *interdictum de vi u. f.* Unterholzner, Schulbverh. Bb. I. S. 562, Anm. e.

2) Diese Ausnahme auch in neuere Gesetzbücher aufgenommen: c. civ. art. 1293; österr. Gesetzb. §. 1440. Das pr. R. übergeht sie, wohl aus Uebersehen. Koch, Forb. Bb. 2, 669.

3) 16. Nov. 1852. Seuffert, Archiv Bb. 6, n. 174.

Diese Bestimmungen ruhen nämlich einmal in dem Gedanken, daß es wohl für den Einzelnen erste Pflicht ist, mit seiner Forderung gleichartige Schulden zu decken ¹⁾, daß aber dem Staate und der Gemeinde häufig vorerst höhere Pflichten, Erhaltung und Vertheidigung der Gemeinheit obliegen, daß sie daher nicht genöthigt werden können, Ausstände, die sie dazu verwenden wollen, zur Abrechnung auf Schulden zu benutzen. Dazu kommt dann, daß die Verwaltung, die im Interesse aller geführt wird, aus Rücksicht auf das Interesse des Privaten nicht in Unordnung gebracht werden soll. Im Einzelnen ist nach dem römischen Rechte das Recht des Staates und der Städte verschieden. Die Neueren haben Beides mit Unrecht zusammengeworfen ²⁾.

In Bezug auf Staatsforderungen finden wir die allgemeine Regel, daß Forderungen an die eine Kasse (*statio*) nicht zur Abrechnung ³⁾ auf Schulden an die andere gebracht werden könnten ⁴⁾.

Dann sollten eine Reihe von Ausständen, die zur Bestreitung nothwendiger laufender Ausgaben verwendet wurden, der Compensation nicht unterliegen. Hierher rechnete man vor Allem die direkten Steuern und was bei Veranlassung ihrer Erhebung geschuldet wurde, Executionskosten u. s. f. (*quod ex causa tri-*

1) Vergl. oben S. 372.

2) Schon Donell. *comm. lib. 16, c. 15, n. 8. Sententis, Civit. Ob. 2, S. 428.*

3) Bezeugt *fr. 24, fr. 12 c. 3 C. de compensat.* Wir finden eine *statio annonae*, eine *statio hereditatum*. Orelli *tom. II. 3207. — 4107. 4420.*

4) *c. 1 C. de compens.* Vergl. *c. 1 C. ne fiscus, rem, quam vend.* und *Cuj. recit. ad c. 1 C. de comp.*

und etwa auch mit einer persönlichen Klage irgend einer Art zur Herausgabe angehalten wird ¹⁾. Der Uebelthäter soll durch seine That die freie Disposition des Gegners, die dieser sonst über sein Vermögen gehabt hätte, nicht beschränken und ihn nicht durch dieselbe zur Abrechnung auf seine Gegenforderungen zwingen können ²⁾. Mit Recht wurde daher u. A. vom D. A. G. zu Stuttgart in einem Falle, in welchem einem Ortsvorsteher von der Theilungsbehörde, der einer armen Frau zugefallene Erbtheil zur Auszahlung übersendet wurde und der Gemeinderath diese Gelder zur Gemeindefasse zog, aus der ihr bisher Unterstützungsbeiträge gereicht worden waren, die Compensation jener Beiträge gegen die Klage auf Herausgabe der eigenmächtig vorenthaltene Gelder verworfen ³⁾.

6) Ausnahmen von der allgemeinen Statthaftigkeit der Compensation finden sich auch im römischen Rechte bei gewissen Forderungen des Fiscus und der Städte. Die darüber aufgestellten Regeln sind im Einzelnen durch die besondere Gestaltung der römischen Finanzverwaltung der Kaiserzeit bestimmt worden, und demnach für heutige Zustände weder ausreichend, noch vollständig anwendbar. Die Prinzipien aber, welche zu Grunde lagen, behaupten immer noch ihre allgemeine Gültigkeit und aus ihnen sind wohl allenthalben den heutigen Verhältnissen angepasste analoge Regeln entworfen.

1) Daher auch bei der *condictio furtiva* (wonach fr. 10 §. 2 D. de comp. S. 259 modificirt ist), beim *interdictum de vi u. f. f.* Unterholzner, Schuldverh. Bd. I. S. 562, Anm. e.

2) Diese Ausnahme auch in neuere Gesetzbücher aufgenommen: c. civ. art. 1293; österr. Gesetzb. §. 1440. Das pr. R. übergeht sie, wohl aus Uebersehen. Koch, Forb. Bd. 2, 669.

3) 16. Nov. 1852. Seuffert, Archiv Bd. 6, n. 174.

Diese Bestimmungen ruhen nämlich einmal in dem Gedanken, daß es wohl für den Einzelnen erste Pflicht ist, mit seiner Forderung gleichartige Schulden zu decken ¹⁾, daß aber dem Staate und der Gemeinde häufig vorerst höhere Pflichten, Erhaltung und Vertheidigung der Gemeinheit obliegen, daß sie daher nicht genöthigt werden können, Ausstände, die sie dazu verwenden wollen, zur Abrechnung auf Schulden zu benutzen. Dazu kommt dann, daß die Verwaltung, die im Interesse aller geführt wird, aus Rücksicht auf das Interesse des Privaten nicht in Unordnung gebracht werden soll. Im Einzelnen ist nach dem römischen Rechte das Recht des Staates und der Städte verschieden. Die Neueren haben Beides mit Unrecht zusammengeworfen ²⁾.

In Bezug auf Staatsforderungen finden wir die allgemeine Regel, daß Forderungen an die eine Kasse (*statio*) nicht zur Abrechnung ³⁾ auf Schulden an die andere gebracht werden könnten ⁴⁾.

Dann sollten eine Reihe von Ausständen, die zur Bestreitung nothwendiger laufender Ausgaben verwendet wurden, der Compensation nicht unterliegen. Hierher rechnete man vor Allem die direkten Steuern und was bei Veranlassung ihrer Erhebung geschuldet wurde, Executionskosten u. s. f. (*quod ex causa tri-*

1) Vergl. oben S. 372.

2) Schon Donell. *comm. lib. 16, c. 15, n. 8. Sintonis, Civit. Ob. 2, S. 428.*

3) Bezeugt fr. 24, fr. 12. c. 3 C. de compensat. Wir finden eine *statio annonae*, eine *statio hereditatum*. Orelli tom. II. 3207. — 4107. 4420.

4) c. 1 C. de compens. Vergl. c. 1 C. ne fiscus, rem, quam vend. und Cuj. recit. ad c. 1 C. de comp.

butoria vel stipendiorum debetur¹⁾); bei indirekten, an Publicanen gegen eine Pauschsumme verpachteten Steuern scheint man eine ähnliche Bestimmung nicht für nöthig gehalten zu haben. Ebenso sollte Compensazion auf den Preis verkaufter Fiscalsachen ausgeschlossen sein²⁾); man reservirte sich dies Geld zur Bestreitung der Staatsausgaben und duldete nicht, daß sich die Staatsgläubiger durch Ersteigerung derselben befriedigten. Endlich war Compensazion bei Forderungen des Staats auf Naturallieferungen ausgeschlossen. Dies galt einmal bei den Zehnten, den viele Provinzen und in späterer Zeit auch ein Theil von Italien zu leisten hatte³⁾), aber auch, wie Papinian libro 13 responso- rum, fr. 20 D. de compens. bezeugt, bei allen vertragsmäßigen Lieferungen. Ob negotium copiarum (wohl besonders Getreidelieferungen) expeditionis tempore condemnatum pecuniam jure compensationis retinere non placuit, quoniam ea non compensantur. Dagegen galt der Aebile⁴⁾), welcher dem Volk eine geringere Rate Getreide als bestimmt war, aus- theilte und de residuis belangt wurde, nicht als debitor frumentariae pecuniae und konnte demnach auf die Condem- nationssumme⁵⁾ Gegenforderungen in Anrechnung bringen⁶⁾.

1) fr. 46 §. 5 D. de jure fisci 49, 14. Vergl. Gaj. II. §. 21; über- haupt Savigny, Ztschr. f. gesch. R. Bd. 6, n. 5 über die römische Steuerverf.

2) c. 7 C. de compensat. und fr. 46 §. 5 D. de jure fisci.

3) Savigny loc. cit. S. 354 u. folgende.

4) fr. 17 D. de compens. Einige wollen statt aeditatis edulitatis lesen, worüber die alte historische Schule viele unnütze Worte vergeudet. cfr. Cujac. obs. 2, 23.

5) fr. 4 §. 3 ad legem Juliam peculatus 48, 13.

6) Eine vollständige Zusammenstellung der ausgenommenen Forderungen. fr. 46 §. 5 D. de jure fisci 49, 14. Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tribu-

Andere Grundsätze galten nun aber bei der Compensation auf Forderungen der Städte. Wir finden darüber ein Rescript von Alexander:

c. 3 C. de compens. In ea, quae reipublicae ¹⁾ te debere fateris, compensari ea, quae tibi debentur, is cujus de ea re notio est, jubebit, si neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum; neque ejus, qui ²⁾ statutis sumtibus servit, neque fideicommissi civitatis debitor sis.

Auffallend ist, warum die Städte mehr begünstigt scheinen als der Fiscus, unerklärlich schien, warum gegen Forderungen ex calendario, aus einem Fideicommissse Compensation ausgeschlossen ist.

Die Sache möchte sich nur aus der eigenthümlichen Verwaltung der Gemeinden erklären lassen. Diese war nicht bestimmten Beamten anvertraut, sondern wurde von einzelnen Bürgern als ein Munus geführt; jeder stand einem einzelnen Geschäftszweige vor, der Eine dem Calendarium, dem Getreidewesen ein Anderer u. s. f. ³⁾. Jeder war persönlich für den ihm angewiesenen Zweig verantwortlich, deshalb sollte auch Compensation mit Ansprüchen aus einem anderen Geschäftskreis nicht zugelassen werden ⁴⁾. Ebendeshalb sind heute bei völlig ver-

toriae et stipendiorum, item pretio rei a fisco emtae et quod ex causa annonaria debetur.

1) Krug S. 197 meint verkehrterweise, unter res publica sei der römische Staat zu verstehen, was schon durch civitatis debitor widerlegt wird.

2) Ejus quae Cujacius rec. sol. in Cod. h. t.

3) fr. ult. D. de muneribus 50, 4.

4) Unsere Bestimmung entspricht also der Ausschließung der Compensation aus Rechtsverhältnissen mit verschiedenen fiscalischen Stationen.

änderter Administration gerade die in der c. 3 enthaltenen einzelnen Bestimmungen besonders als unpraktisch zu betrachten.

Die Ausschließung der Compensation in den angeführten Fällen ist als ein Recht des Staates und der Städte zu betrachten, sie können darauf verzichten, sich Compensation gefallen lassen und selbst compensiren ¹⁾.

Fraglich könnte noch scheinen, ob der Cessionar des Fideiucius Compensation in den Fällen dulden muß, in denen sie dem Fideiucius gegenüber ausgeschlossen war. Er hat sich Aufrechnung von fiskalischen Schulden in solchem Falle nicht gefallen zu lassen ²⁾, Gegenforderungen, die der Cessus an ihn nach der Insinuation erwirkt, sind compensabel ³⁾.

Daß auf pecunia frumentaria auch der republica gegenüber niemals compensirt werden könne, bezeugt auch fr. 2 §. 4 D. de administr. reipubl. 50, 8.

1) Verf. Anf. Gottschalk, discpt. for. II. c. 12. — Seuffert, Archiv Bd. I. n. 303. Präj. des Verf. D. Tr. Pr. 1150 (S. 91). Sinteris, Civilrecht Bd. 2, S. 428. Unrichtig theilweise Krug §. 78.

2) Mühlbruch, Cession der Ford. S. 599.

3) Das preuß. L. R. bestimmt nur §. 368, daß Forderungen, an eine landesherrliche Kasse nicht an eine andere abgerechnet werden können, erwähnt aber der Steuern nicht; bezgl. österr. Gesetz. §. 1441. Der code civil schweigt ganz. Das Verhältniß ist aber überall durch die Administration bestimmt geordnet. Und nirgends wird man auf das städtische Ostroi mit Schuldforderungen an die Stadt compensiren dürfen n. s. f.

Zweiter Abschnitt.

Geltendmachung der Compensation,

§. 47.

Der Antrag auf Compensation.

Damit Compensation eintrete, muß sie von einer der beiden Parteien — sei es dem Kläger oder dem Beklagten beantragt werden¹⁾; ohne dies ist der Richter zur Compensation nicht befugt, selbst wenn ihm aus den Akten die Existenz einer Gegenforderung klar wurde. Eine Klage, worin Kläger anführt, daß er dem Gegner eine gleiche Summe schulde, die er jedoch nicht compensiren, sondern ferner verzinsen wolle, wäre demnach, wie Haffe²⁾ mit Recht bemerkt, mit Nichten als inept abzuweisen, vielmehr müßte die Erklärung des Beklagten abgewartet werden, welcher vielleicht gleichfalls bereit ist, bloß über die Existenz der eingeklagten Forderung mit Beiseitsetzung seiner Gegenforderung zu streiten.

Die Wortfassung, in welcher man den Antrag auf Compensation stellt, ist zwar gleichgültig, durch das bloße Anführen des Vorhandenseins einer compensablen Gegenforderung wird der Richter aber noch nicht zur Durchführung competent³⁾.

Die Forderung, welche zur Compensation gebracht werden soll, muß mit derselben Genauigkeit substantiirt werden, wie wenn Condemnation auf dieselbe hin gefordert würde; es müssen

1) Sie kann auch gegen eine Widerklage vorgeschützt werden, obgleich eine reconventio reconventionis nicht zulässig ist.

2) Archiv Bb. 7, S. 200. Dagegen ist freilich wieder Krug S. 222.

3) a. A. Krug S. 221. Harrter S. 204.

demnach nicht nur die zur Begründung der Gegenforderung nothwendigen Thatsachen, es muß auch erforderlichenfalls sofort deren Größe angegeben werden, es sei denn, daß die nähere Bestimmung derselben ohnehin dem Gegner anheimfällt.

Der Beklagte hat regelmäßig die Compensationseinrede, wie Einreden jeder Art in der Einrebeschrist zugleich mit der Litiscontestation vorzubringen. — Kann er sie sofort liquid machen, so kann er sie (falls er dies nach der Sachlage für zweckmäßig hält) auch als *litis ingressum impediens* vorschützen. — Fraglich ist aber, ob das Vorbringen der Compensationseinrede auch noch in einem späteren Stadium des Verfahrens im gemeinen Prozeß zulässig ist. — Gegen die spätere Zulassung spricht allerdings die Bestimmung des j. R. A. (§. 37.) wonach Beklagter, was er dilatorie oder peremptorie anzuwenden haben möchte, alles auf einmal bei Strafe der Präclusion anbringen soll. Da aber die Compensationseinrede nicht eine bloße Abweisung der Klage bezweckt, da der Kläger durch die Durchführung der Compensation auch seinerseits befreit und gewissermaßen befriedigt wird, so rechtfertigt sich auch noch für das heutige Verfahren die Ausnahmestellung, welche, wie es scheint, schon die Quellen des römischen Rechts (*c. 2. C. de compensat.*) der Compensationseinrede in Bezug auf die Zeit ihrer Vorschützung einräumten, und so kann sie auch noch nach der Litiscontestation vorgeschützt werden — wobei freilich vorausgesetzt ist, daß sie liquid ist. Ihre rückwirkende Kraft behält sie auch in solchem Fall ¹⁾.

Aus demselben Grund kann die Compensation immer noch

1) a. Ans. Krug §. 86.

in der Executionsinstanz vorgeschützt werden ¹⁾, selbst ohne Behauptung und Bescheinigung daß sie noviter reperta sei und ohne restitutio in integrum ²⁾.

Jedenfalls kann man die Einrede nach allgemeiner Prozeßpraxis noch später zur Sprache bringen, wenn die der Compensation zu Grunde liegenden Thatsachen nach der Litiscontestation entstanden oder wenn dem Beklagten das Recht dazu erst später bekannt wurde.

Auch in der Appellationsinstanz kann die Compensationseinrede in Folge des beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi eingeführt werden. Man hat dies vielfach aus dem Grund bestritten, weil dem Schuldner dadurch eine Instanz entzogen wurde. Dies beruht auf einer Verwechslung von Einrede und Klage ³⁾.

Die römische Jurisprudenz ließ auch Compensation mit einer schon eingeklagten und bereits rechtshängigen Forderung zu ⁴⁾. Ob dies noch heutzutage zu gestatten sei, ist zweifelhaft. Zwar von dem Einwand, daß die im Prozeß befangne Forderung illiquid, folglich zur Compensation ungeeignet sei, können wir füglich absehen, da eine noch illiquide Forderung richtiger

1) c. 2 C. de compensat. Die Verurtheilung in duplum, welche nach vorjustinianischem Rechte eintrat, wenn die Compensationseinrede ohne Grund der a. iudicati entgegengesetzt würde, ist freilich weggefallen. Rudorff, Litisrescenz. Ztschr. f. gesch. R. Bd. 14, S. 320. Dagegen ist heutzutage Liquidität erforderlich. §. 48.

2) a. Anf. Gensler, Archiv Bd. 3, S. 210. Preuß. Recht siehe Koch, Recht d. Ford. Bd. 2, S. 60; für u. Anf. u. A. Mevius p. 7, dec. 202, n. 2.

3) Vergl. Anton Faber, Cod. lib. IV. tit. 23, def. 15. — Der Code de proc. 464 erklärt sie ausdrücklich für zulässig. Ebenso ist sie im preuß. Rechte anerkannt; vergl. Koch, Recht der Ford. Bd. 2, S. 678.

4) fr. 8 D. de compensat. (vergl. darüber Keller, Litiscont. S. 102.)

Ansicht nach wenigstens nicht schlechthin zur Compensation untauglich ist ¹⁾). Dagegen ist bedenklich, daß der Prozeß im Falle der Rechtshängigkeit bereits eine bestimmte Form gewonnen hat, daß der Gegner ein Recht hat, daß er in der Gestalt, die ihm einmal gegeben ist, ausgetragen werde, daß demnach dem Kläger nicht gestattet werden kann, denselben nun bei Gelegenheit der Compensationseinrede auf neuer Grundlage zu wiederholen ²⁾). Doch fehlt es nicht an prozessualischen Mitteln, die Schwierigkeit zu umgehen. Der Richter über die Gegenforderung wird einen Termin setzen können, innerhalb dessen der Streit über die rechtshängige Forderung auszutragen und ein Urtheil darüber als Grundlage der Compensationseinrede vorzulegen ist. Oder der Kläger ³⁾), welcher die eingeklagte Forderung zur Compensation benutzen will, hat darauf anzutragen, daß die Sache an die Spruchbehörde abgegeben werde, welche über die Gegenforderung zu entscheiden hat und dem ist, wo es möglich ist, zu willfahren ⁴⁾).

Der Beklagte, welcher Compensation vorschützt, hat regelmäßig nicht nur die Existenz und Größe seiner Gegenforderung, sondern auch die ordentlichen Bedingungen der Compensabilität derselben zu beweisen; dagegen wird es regelmäßig Sache des Klägers ⁵⁾ sein, nachzuweisen, daß ausnahmsweise seiner Klage gegenüber besonderer gesetzlicher Bestimmung oder Privatdisposition gemäß Compensation ausgeschlossen sei.

1) Sibeth, diss. de re litig. non compensanda.

2) Eine ausführliche, doch wenig befriedigende Erörterung S t r u t t e n i s, gem. Civilr. Bd. II. S. 419, Anm. 18.

3) cfr. Brunnemann, commentar. ad l. 8 D. h. t.

4) Ein Verzicht auf den ersten Prozeß, wie P a s s e Bd. 7, S. 169 annimmt, ist danach nicht nöthig.

5) R r u g S. 211.

Dem Schuldner, welchem eine Gegenforderung gegen seinen Gläubiger zusteht, werden wir übrigens auch eine Klage auf Anerkennung der Compensation, auf ihre Durchführung durch den Richter, jedenfalls auf Herausgabe der Schuldturkunden über die Schuld, die nunmehr zum Indebitum wurde, gegen Rückgabe seiner Dokumente über die Gegenforderung, zugestehen¹⁾.

§. 48.

Wahlrecht im Falle der Concurrenz mehrerer Forderungen.

Da die Compensation von beiden Theilen beantragt werden kann, so erhebt sich die interessante und schwierige Frage, wem das Wahlrecht zusteht, wenn einer Forderung verschiedene Gegenforderungen gegenüber treten. In den Quellen ist dieselbe nicht besonders berührt; auch die neuern Schriftsteller haben sich im Ganzen wenig mit derselben beschäftigt²⁾. Zwei Fälle sind zu unterscheiden.

1) Forderungen und Gegenforderungen traten sich successive gegenüber. Agrius hat eine Mutuumforderung an Numerius, dieser erhält einen Gegenanspruch aus einem Kaufvertrag, später gibt Agrius dem Numerius ein neues Mutuum. Hier entscheidet die Ordnung der Zeit. Agrius und Numerius hatten beide das Recht erworben, die erste Mutuumforderung mit dem Kaufpreis aufzurechnen; der zweiten Mutuumforderung kann so wenig von Numerius

1) c. 2 C. de conditione ex lege 4, 9. Mevius dec. P. II. dec. 186. Post compensationem liberatus debitor chirographum seu instrumentum debiti a quocunque possessore repetit. Krug S. 272.

2) Eine ausführlichere Erörterung gibt Fuhr, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1, S. 141—155.

Compensation mit der Raufforderung gegen den Willen des andern Theils entgegengesetzt werden, als etwa *Agrius* zu solcher Aufrechnung berechtigt wäre ¹⁾).

2) Zweifelhaft wird aber die Sache erst recht, wenn dem einen Theil bereits mehrere Forderungen zustanden und der Gegner später eine Gegenforderung erhielt, oder wenn gar, was sich bei einem Erbschaftsantritt leicht ereignen kann, mehrere Gegenforderungen des einen Theils mit mehreren des andern Theils zu einer Zeit zusammentrafen.

Wem in solchem Fall das Recht zusteht, die Forderung welche compensirt werden soll, zu bestimmen, nach welchen Grundsätzen die Wahl geschieht, darüber finden sich die verschiedensten Ansichten in der Praxis, in welcher unsre Frage nicht selten zur Sprache kommt.

Meistens behauptet man, daß der Schuldner der mehreren Forderungen die Wahl hat ²⁾).

Man stützt sich dabei auf die Analogie der Zahlung. Ist Jemand aus mehreren Forderungen verschuldet, so kann er bei Vornahme der Zahlung erklären, auf welche Schuld sie angerechnet werden soll; geschah keine Erklärung so kann der Gläubiger bestimmen, welche Schuld getilgt sei, muß aber dabei das Interesse des Schuldners im Auge behalten und stets auf die schwerere vor der leichteren anrechnen.

1) *Derf. Anf. Krug, Comp. S. 134. Fuhr loc. cit. S. 141 u. A.*

2) *J. B. Sintenis, gem. Civilr. Bd. II. S. 432. Fuhr, loc. cit. S. 142. a. Anf. ist Krug, welcher gestützt auf die Annahme, daß Compensation eine Selbstzahlung des Gläubigers sei, die er nach seiner Wahl vollziehen könne, dem Gläubiger der mehreren Forderungen die Wahl gibt. Die Behauptung von einer Selbstzahlung entbehrt in dessen, wie wir zeigten, jeden Haltes. Dagegen *Fangerow, Leitf. Bd. III. S. 348.**

Wenn nun diese Bestimmungen etwa auf dem allgemeinen Prinzip beruhen, daß der Gläubiger mehrerer Forderungen stets vorerst nur Befriedigung der dem Schuldner drückenderen, dann der leichteren verlangen könne, so müßte dies auch bei unserer Frage zur Anwendung kommen ¹⁾. Allein von einem solchen Prinzip kann die Rede nicht sein, der Gläubiger darf nach Belieben für jede seiner fälligen Forderungen Befriedigung verlangen, er kann frei die bestimmen, auf welche er zunächst Execution einleitet. In jenen Normen liegt also nicht ein allgemeines Gesetz über die Ordnung verborgen, in welcher der Gläubiger Tilgung verlangen kann. Es finden sich nur Regeln über die Zahlung im eigentlichen Sinn, die gerade hier eine eigenthümliche Stellung einnimmt. Zahlung ist ein Akt, welcher vom Schuldner ausgeht und durch seine Willensrichtung die Direktion erhält, nur deshalb ist hier sein natürlicher oder präsumtiver Wille ausschließlich entscheidend, *possumus certam legem dicere, ei quod solvimus* ²⁾.

Beim Pfandverkauf, bei welchem der Pfandgläubiger sich selbst befriedigt, findet sich keine Thätigkeit des Schuldners und ebendarum tritt das natürliche Verhältniß ein, wonach

1) Die Grundsätze der Zahlung will angewendet wissen das preuß. L. R. h. t. §. 375, der code civil §. 1297, auch der großh. hess. Entw. h. t. §. 298. — Das Großh. hess. D. R. Ger. hat in einem bei F u h r loc. cit. angeführten Urtheile konsequent nach den Grundsätzen der Zahlung entschieden, daß der Schuldner freie Wahl nur habe, wenn er sich von Anfang an, d. h. bei Entstehung der Gegenforderung über die Wahl entschied, daß dagegen sonst zuerst auf rückständige Zinsen, dann auf die drückendere, die ältere Hauptforderung endlich pro rata auf die verschiedenen Forderungen abzurechnen sei.

2) Fr. 1 D. de solut. 46, 3.

der Gläubiger die Forderung tilgt, deren Abzahlung ihm genehm ist ¹⁾).

Die Compensationseinrede entsteht nun ebenfalls nicht durch Thätigkeit des Schuldners, ihre Zuständigkeit beginnt mit der Existenz der Gegenforderung, wenn sie auch erst durch den Antrag des einen der beiden Theile ins Leben tritt. Es sind also die Grundsätze der Zahlung hier gleichfalls unanwendbar.

Vielmehr ist dem Gläubiger der mehreren Forderungen die Wahl zuzugestehen ²⁾). Denn denken wir uns, das Institut der Compensation bestünde nicht, so hätte er die Bestimmung darüber gehabt, welche seiner Forderungen er zuerst eintreibe, er hätte zuerst Zahlung der leichteren verlangen, dann mit ihrem Ertrag seine Schuld an den Gegner tilgen und endlich immer noch die schwerere Forderung einlagen können. Durch die Compensation soll nur das unnöthige Hin- und Herzahlen vermieden, es soll die Gefahr beseitigt werden, daß man Zahlung eintreibe und nicht wiederum leistet ³⁾). Dieser Zweck wird erreicht, wenn der Gläubiger die eine seiner Forderungen zur Deckung seiner Gegenschuld bestimmt. Es fehlt jeder innere Grund sein Recht noch weiter zu beschränken und dem Schuldner auch die Befugniß einzuräumen, dem Gläubiger vorzuschreiben, welche seiner Forderungen er zur Compensation benutzen solle.

Stehen sich von beiden Seiten mehrere Forderungen gegenüber, so hat von jeder Seite der Gläubiger der mehreren Forderungen die zu bestimmen, welche sich mit der Forderung des Gegners deckt.

1) Fr. 101 §. 1 D. de solut. 46, 3.

2) Derf. Anf. Krug S. 137 u. dort cit. Pufendorf, obs. jur. univ. VII. obs. 175. Berger, disc. forens. p. II. ad tit. 11, supp. 20.

3) Vergl. S. 372.

Eine direkte Bestätigung für die hier entwickelten Ansichten findet sich in den Quellen nicht. Doch zieht man meistens fr. 5. D. de compens. bei der Beantwortung unserer Frage an

Gajus lib. 9 ad edictum provinciale.

Si quid a fidejussore petetur, aequissimum est, eligere fidejussorem quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

Hier wird denn in der That dem Gläubiger, welcher mehrere Forderungen zur Compensation benutzen kann, die Wahl zugestanden, welche von ihnen er aufrechnen will.

Von besonderer Wichtigkeit wird die Entscheidung unserer Frage, wenn Jemand an einen Creditar verschiedene Ansprüche hat, während er diesem eine Gegenschuld zu leisten hatte. Stünde dem Gläubigercorps als dem Beklagten das Wahlrecht zu, so würde es die Gegenforderung natürlich auf die privilegierten Forderungen des Gläubigers compensiren; während nach unserer Ansicht der Gläubiger seine Schuld auf seine nicht privilegierte Forderung compensiren kann¹⁾; dies scheint uns nicht nur gerecht, sondern auch billig.

§. 49.

Liquidität als Erforderniß der Geltendmachung.

1) Es ist billig, daß der Gläubiger seine Forderung zur Deckung dessen, was er einem Schuldner unmittelbar schuldet, verwendet; deshalb wird ihm vom Augenblick der Coexistenz einer

1) Dabelow, Concurs der Gläubiger S. 701 beschäftigt sich ausführlich mit unserer Frage, getraut sich aber nicht dieselbe zu entscheiden und meint zuletzt, der Richter solle wählen, da es an einem Ausweg fehle. Schweppe, Concurs der Gläub. §. 52 gibt der Masse die Wahl.

gleichartigen wiederum zahlbaren Gegenforderung an ihre anderweite Geltendmachung verschlossen. — Ob ein Gläubiger die Beweise für seine Forderung parat hat, ob er die Größe derselben sofort liquidiren kann, hat, falls sie nur bereits objectiv ihrer Existenz und ihrem Umfang nach feststeht, auf die Pflicht des Gegners, sie sofort zu zahlen, keinen Einfluß. Demnach müßten, wie es scheint, diese Umstände auch für die Compensation irrelevant sein.

Aber den Ideen, die in die Erscheinung treten sollen, ist es nicht vergönnt, sich äußerlich so vollständig auszuprägen, wie es ein abstraktes Denken verlangen würde. Vielmehr wirken andere Einflüsse ein, es ist bald ab- bald zuzugeben und es entstehen durch das Zusammenwirken verschiedener Prinzipien neue, eigenthümliche Bildungen.

So kann auch die rücksichtslose Durchführung des Gedankens, daß sich bereits zahlbare Forderungen gegen einander aufrechnen, bedenklich werden, unzweckmäßig erscheinen. Die Forderung des Klägers kann erwiesen, die Gegenforderung aber ungewiß, streitig, langwieriger Untersuchung bedürftig sein, da wird es oft hart scheinen der ungewissen Gegenforderung wegen, die Condemnation auf den gewissen Anspruch hin zu verweigern. Hier tritt die Doppelgestalt unsres Verhältnisses wieder hervor. Es läßt sich nicht vergessen, daß die Compensationseinrede etwas ganz Eigenthümliches hat, auf einem völlig von der Klage unabhängigen Fundament beruht, und sich zu einer getrennten Verhandlung besonders eignet. Und so hat man vielfach die Compensationseinrede ausgezeichnet und ihre Geltendmachung in solchem Falle der s. g. Illiquidität wieder beschränkt. Die verschiedenen Gesetzgebungen sind darin bald weiter, bald weniger weit gegangen. Namentlich hat es Einfluß gehabt, ob eine

bestimmte Prozeßgebung mehr Gewicht auf die beste und gründlichste Entscheidung legt und das Opfer der Zeit weniger anschlägt, oder ob sie vor Allem ein baldiges Resultat herbeizuführen sucht und nur die beste Entscheidung, die sich während einer bestimmten Zeit finden läßt, erstrebt¹⁾.

2) Ehe wir nun aber den Einfluß dieser Gesichtspunkte auf die Geltendmachung der Compensation im justinianischen und im heutigen Rechte betrachten können, haben wir zuvörderst einen prüfenden Blick auf die Geltung desselben im früheren römischen Rechte zu werfen, da dessen richtige Auffassung für das Verständniß des spätern Rechtszustandes unentbehrlich ist.

Aber freilich ist dann wieder die Frage, ob im klassischen Recht Illiquidität der Forderungen überhaupt in Betracht kam und inwiefern sie berücksichtigt wurde, sehr bestritten, und seit man das römische Recht historisch aufzufassen sucht, auf die verschiedenste Weise beantwortet worden.

Donellus²⁾ war der Ansicht, daß der Debitor zur Zeit der klassischen Juristen dem Kläger in jeder Instanz des Prozesses noch nicht erwiesene Gegenforderungen opponiren konnte; Cujacius³⁾ dagegen behauptet, Liquidität sei von jeder Voraussetzung der Compensation gewesen, und Justinian habe in der c. ult. Cod. de compens. nur das alte Recht neu ein-

1) Dies namentlich hat Paffe in seiner sonst so bankenswerthen Abh. Ueber die Compensation und ihre Liquidität Arch. Ab. 7 nicht gewürdigt und er ist dadurch Veranlassung geworden, daß man sich alt-römisches, justinianisches, gemein-deutsches, selbst preussisches Recht nach demselben Schema construiert hat.

2) Donellus, comm. ad c. ult. C. de compens. seiner Ansicht aus sehr verschiedenen Gründen, in neuerer Zeit Prug S. 237. Brink S. 152. Schenkl S. 174 u. A.

3) Cujacius obs. VIII. 16; XV. 12 inf. u. a. a. D.

geschärft. Haffe ¹⁾ aber hat sich mehr aus seiner Anschauung von der Natur der Sache als nach den Zeugnissen der Quellen eine Mittelmeinung gebildet. Bei Gegenforderungen aus einem Geschäft (par causa) meint er, sei es auf Liquidität nicht angekommen, weil Compensation hier in der Natur des Geschäfts, der ursprünglichen Absicht der Parteien gelegen habe; bei strictis iudiciis aber habe sie einen ganz anderen Charakter gehabt; hier sei sie stets nur zugelassen worden, wenn ihre Admissio in concreto billig schien und dies sei nur dann der Fall gewesen, wenn die Gegenforderung liquid war, der Klage also keine unbillige Zögerung erwuchs.

Diese Mittelmeinung scheint uns nun keinesfalls richtig, denn abgesehen davon, daß die Compensation bei bonae fidei iudiciis von Anfang an den eigenthümlichen Charakter nicht hatte ²⁾ den man ihr beilegt, sind die stricti juris iudicia der Entwicklungsstufe, auf der sie Haffe schilderte, entwachsen. Wenn Abrechnung auch in früherer Zeit nur eintrat, falls nach richterlichem Ermessen in concreto in der Nichtberücksichtigung mala fides gelegen hätte, so ist doch Compensation nach und nach auch hier ein materielles Recht der Parteien geworden.

Ueberhaupt finden wir nirgends eine Spur davon, daß die klassischen Juristen die Geltendmachung der Compensation von der Beweisbarkeit des Gegenanspruchs abhängig gemacht hätten; Cujacius hat zwar fr. 22 D. de compens. und fr. 3 D. de tut. actione dafür angeführt; allein die erste Stelle gehört

1) Haffe loc. cit. S. 167, S. 184. Ders. Ansicht Bethmann-Hollweg, Rhein. Museum S. 260 u. A.

2) Vergl. die Ausführungen von S. 67 an.

offenbar nicht hierher; und eine genauere Betrachtung zeigt, daß es sich mit der zweiten nicht anders verhält.

Fr. 3 D. de tut. actione 27, 3. Pomponius libr. 5 ad Sabinum. Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur, tutori procuratorive arbitrato iudicis cavendum est, quod eo nomine absit.

Zwar hat selbst Haffe ¹⁾ der von Liquidität bei Forderungen ex fide bona regelmäßig nichts wissen will, sich durch unsre Stelle zur Annahme gedrungen fühlt, daß der Richter auch bei diesen ausnahmsweise die Entscheidung über Compensation mit Rücksicht auf besondere Umstände aussetzen und ad separatum verweisen konnte. In der That handelt aber der Jurist von einer Compensation hier überhaupt nicht. Es wird weder gesagt, daß die Parteien sie wünschen oder anrufen, noch daß der Richter dieselbe verworfen oder ausgesetzt habe. Es wird nur der Grundsatz ausgesprochen — den wir auch bei der Societät ²⁾ und der Dotalklage bezeugt finden — daß demjenigen, welcher für einen Andern die Verwaltung eines Vermögens geführt habe, bei dessen Herausgabe — auf Verlangen — Caution wegen ungewisser Lasten, für die er sich im Interesse des Klägers verhaftet hatte z. B. Garantie wegen Eviction gestellt werden soll.

Versetzen wir uns nun aber in den Prozeß der klassischen Zeit, so finden wir auch kein Bedürfnis eine besondere Liquidität für die Compensationseinrede zu fordern; kam doch der Rechtsstreit auch ohne solche besondere Vorkehrung in kürzester

1) Haffe S. 173.

2) fr. 38 D. pro socio 17, 2; fr. 27, fr. 28 D. eod.

Zeit zu Ende. Eine kurze Prozeßverföhrung steckte schon nach dem Gesetz und dem Gebot jeder Weiterung eine Grenze ¹⁾ und in vielen Fällén verkürzte noch der Prätor die schon an sich geringe der Verhandlung bestimmte Frist. Die Parteien hatten am Verhandlungstag regelmäßig nicht nur ihre Anträge zu nehmen, sondern sofort alle Beweismittel beizubringen ²⁾. Während des Vortrags oder wenigstens unmittelbar nachher waren die Zeugen von den Produzenten zu verhören, die Urkunden vorzulegen; der Richter urtheilte sofort nach seiner gewonnenen Ueberzeugung; es hing bloß von seinem Gutdünken ab, ob er eine weitere Tagfahrt anberaumen wollte, wenn die eine Partei ihre Beweismittel nicht parat hatte ³⁾. In diesem Sinn mußten alle Beweismittel sofort liquid gemacht werden, in diesem Sinn mußte auch die Compensationseinrede liquid sein. Dies war aber nichts dieser Einrede Besonderes; und nur dadurch bleibt sie vor den andern ausgezeichnet, daß der ihr zu Grunde liegende Anspruch regelmäßig noch durch Klage geltend gemacht werden kann, wenn auch das Einrederecht präcludirt ist ⁴⁾.

Allerdings scheint eine Stelle von Hermogenianus lib. 6 juris epit. dafür zu sprechen, daß man den Beweis der Compensationseinrede in klassischer Zeit doch eigenthümlich behandelte, da sie für die Compensationseinrede bei Forderungen des Fiscus eine besondere Liquidität zu verlangen scheint.

1) Gajus IV. §. 104 u. 105.

2) Vergl. Keller, Civilprozeß S. 278 folgende.

3) cfr. c. 4 C. de exc. 8, 36; c. 8 C. eod.

4) Dieses Resultat wird auch dadurch bestätigt, daß, wie wir oben zeigten, Liquidität durchaus nicht zur Verweisung einer Gegenklage vor denselben Richter erforderlich und daß auf Antrag des Beklagten doch auch bei ihr auf Compensation regelmäßig zu erkennen war. S. 262.

Fr. 45 §. 4 D. de jure fisci 49, 14. Qui compensationem opponit fisco intra duos menses debitum sibi docere debet.

Die Erklärung von Donellus, Krug u. A.¹⁾ wonach hier eine singuläre Beschränkung des Compensationsrechts zu Gunsten des Fiscus vorliegt, ist durchaus nicht genügend.

In der That wird aber auch hier gar nichts der Compensationseinrede Eigenthümliches bestimmt; es wird nur festgestellt, daß ihretwegen der fiscalische Prozeß nicht über die gewöhnliche Zeitgränze verlängert werden soll. Man hat allgemein übersehen, daß unsere Stelle sich aus einer Notiz des codex Theodosianus erklärt, wonach Fiscalprozesse überhaupt in zwei Monaten zu beendigen waren.

c. 44 C. Theod. de appellationibus 11, 30.

... „antiquo jure“ fiscalia negotia intra duos menses in eadem provincia, intra quatuor in contigua, intra sex in transmarina dicantur, a. 383:

Diese Frist wurde wegen Compensationseinreden des Beklagten nicht verlängert²⁾. Heutzutage hat übrigens diese Vorschrift wegen veränderten Prozeßgangs keine Anwendung mehr³⁾.

1) Donellus c. ult. C. h. t. Krug, Compens. S. 237. Eigenthümlich Daffe S. 173, Anm. 26.

2) Zwei Monate bei geringeren, drei bei größeren Summen sind die Fristen, die dem Schuldner des Fiscus auf Verlangen gewährt werden können, fr. 45 §. 10 D. de jure fisci 49, 14. Man hat häufig unsere Regel aus dieser Bestimmung erklären wollen. Krug, Compens. S. 237. Puchta, Vorles. S. 137. Wir können einen Causalsammenhang darin nicht finden.

3) Sintenis, gem. Civilrecht Bb. II. S. 428, Anm. 42. Seuffert, Archiv Bb. 3, n. 112.

3) Mit der Aufhebung der alten Gerichtsverfassung verschwanden die kurzen Prozeßtermine. Die Untersuchung konnte sich nun ohne Schranke durch das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise verlängern; der urthellende Beamte selbst sollte die Parteien öfter auffordern, ob sie noch etwas zuzufügen hätten, ob die Sache vollständig instruit sei¹⁾. Wie die Zeit überhaupt aller Elastizität bar war, so wurden die Prozesse endlos (paene immortales).

Gesetze suchten dem von oben herab entgegenzuarbeiten, wie es scheint nicht mit großem Erfolg. So verordnete Theodosius (424) in dem Gesetz über Klagenverfährung, daß ein Prozeß, der dreißig Jahre lang liegen blieb, verfährt sein solle²⁾. Valentinian hat durchgreifendere Veränderungen versucht, alle Klagen sollen nicht nur binnen dreißig Jahren angestellt, sondern auch beendet sein, die Appellation wurde beschränkt, der Kläger sollte innerhalb vier Monaten nach der actionis editio Beweis führen u. s. f.³⁾. Diese wohlmeinenden Verordnungen haben das Uebel aber nicht gehoben, sie scheinen nicht recht zur Ausführung gekommen zu sein.

Weniger radical suchte Justinian zu bessern. So stellte eine Verordnung von 530 die Dauer der Civilprozesse in erster Instanz auf drei Jahre fest⁴⁾; später bestimmte eine Novelle, daß der Richter, falls der eine Theil auf neues Vorbringen verzichtet habe, dem Gegner zum Vorbringen neuer Thatsachen

1) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung S. 271. c. 1 C. Theod. 2, 18.

2) c. un. C. Theod. de act., certo tempore finiendis 4, 14.

3) nov. Valent. 12.

4) c. 13 C. de jud. 3, 1.

dreimal eine Frist von einem Monat setzen und dann die Sache aburtheilen solle ¹⁾).

Solche Verordnungen zeigen, wie langsam sich der Prozeß hinschleppte, wie viel Schikanen dem Beklagten offen standen. Keine Einrede mußte aber bei solchem Zustand gefährlicher scheinen, als die Compensationseinrede, wodurch der Beklagte, nachdem bereits Jahrzehnte gestritten war, immer noch plötzlich eine neue, verwickelte und bisher nicht besprochene Untersuchung hereinziehen konnte. Hier zeigte sich ein besonderes Bedürfnis einzuschreiten und ihm hat Justinian in der c. ult. C. de compens. entsprochen. Nachdem er die Compensation für dingliche wie persönliche Klagen als allgemeines Recht anerkannt hat, fährt er fort:

§. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito et moratoriiis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant.

1) nov. 115 c. 2. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. S. 271.
Dernburg, Compensation.

Der Kaiser verbreitet sich eindringlich und nicht ohne Geschick über den Mißbrauch, der mit dem Compensationsrechte getrieben werden könne, über die Nothwendigkeit ihm entgegenzutreten. Aber der Tenor des Gesetzes scheint vage und unbestimmt gefaßt. Wenigstens findet sich unter den neueren Juristen, die einen objektiven, bestimmten Rechtsfaß aus unserer Verordnung zu formuliren suchten, Unsicherheit und Streit.

Die einen glauben, es werde zur Zulassung der Compensation immer absolute Liquidität gefordert; sie greifen aus dem Inhalte der ganzen weitläufigen Constitution nur den einen Gedanken heraus, daß der Grund der vorgeschützten Compensationseinrede sofort klar sein müsse, und beachten nicht, daß Justinian selbst das Requisite der Liquidität noch näher dahin bestimmt, sie dürfe nicht Gelegenheit zu vielen Umschweifen geben und müsse einen schnellen Ausgang voraussehen lassen.

Dagegen meinen Andere — und dieser Ansicht ist vor Allem Donellus ¹⁾ — daß der Kaiser nur illiquide Compensationseinreden ausschließen wollte, die in einem späteren Stadium des Prozesses, wenn die Hauptsache schon erwiesen sei, vorgebracht wurden. Betont doch Justinian, daß es unstatthaft sei, nach vielen und mannichfachen Kämpfen, wenn die Hauptsache schon festgestellt, der Beklagte schon überwiesen sei, die Compensationseinrede anzuhören; daß es hart sei, die Verurtheilung aus einer unbezweifelten Schuld einer Ausflucht wegen hinauszuschieben, bestimmt er doch noch am Schlusse, daß der Richter nicht zu geneigt bei Anhörung der Compensation sein

1) Donellus, ad c. ult. h. t. Durch neue Gründe hat Krug §. 91 diese Ansicht zu unterstützen gesucht. Die Prämissen derselben sind aber irrig.

solle, vielmehr die anhängige bereits zu Ende geführte Sache durch ein Urtheil zu erledigen habe.

Eine dritte Ansicht dagegen — und diese wird heutzutage von den bedeutendsten Autoritäten vertheidigt — geht einerseits davon aus, daß Justinian keine absolute Liquidität, sondern nur eine vorausichtlich leichte Erweislichkeit der Gegenforderung verlangt habe; andererseits beschränkt sie das Erforderniß der Liquidität nicht bloß auf den Fall, daß im letzten Prozeßstadium Compensation opponirt würde. Wenn Justinian besonders die Unbilligkeit hervorhebe, daß ein schon abgethaner Prozeß neuen Weiterungen ausgesetzt sei, so sieht sie darin erläuternde Worte, welche die Gefahren unbedingter Zulassung der Compensation auf die Spitze stellen, um die vorgehende Vorschrift zu motiviren; der eclatanteste Fall, in dem die Ungerechtigkeit am grellsten hervortritt, der auch dem Kaiser zunächst vorgelegen habe und in dem er befangen gewesen sei, sei deswegen hervorgehoben worden, um den Richter zur Befolgung des Gesetzes um so nachdrücklicher zu bewegen¹⁾. Viele fügen noch hinzu, daß Liquidität nur bei der Vorschüßung der Compensation aus disparaten Gegenforderungen, nicht aber bei Ansprüchen ex eadem causa verlangt werde²⁾. Diese Ausnahme findet indessen in der Stelle nicht die geringste Rechtfertigung.

Dagegen glauben wir, daß diese dritte³⁾ Ansicht, welche dem richterlichen Ermessen nach jeder Seite hin den freiesten

1) Haffe S. 190. — Ders. *Ans. u. A.* Bethmann-Hollweg. Bangerow *Ob.* III. S. 355. Puchta §. 269. Sintonis, *gem. Civir.* *Ob.* II. S. 427, *Ann.* Arndts, *Pand.* S. 406.

2) Haffe S. 203. Vergl. oben S. 67 u. flgnde.

3) Von einigen Sonderansichten sehen wir billig ab. So von der Auffassung von Brinz, welcher in der Einschränkung der Compensation wegen Nichtliquidität etwas Ungereimtes sieht (*Compens.* S. 154) und

Spielraum gibt, im Ganzen den Sinn Justinians am meisten getroffen. Es lag nicht in seiner Absicht, den Richter an eine bestimmte Norm zu schmieden. Nachdem er den Rechtsatz festgestellt hat, daß Compensation ein Recht der Parteien sei, sucht er den Gefahren, welche dieser Satz für eine schnelle Handhabung der Justiz mit sich bringen konnte, dadurch zu begegnen, daß er den Richter ermächtigt und anweist, die Verhandlung der Compensationseinrede unter Umständen vorerst auszusetzen. Wann dies geschehen solle, das überläßt er dem richterlichen Ermessen, er gibt nur einzelne Anhaltspunkte, besonders soll es eintreten, wenn der eingeklagte Prozeß sich bereits seinem Ende naht und der Gegenanspruch noch voraussichtlich zu weiterschichtigen Erörterungen Anlaß geben würde.

So ist das richterliche Arbitrium am Schlusse der Entwicklung des römischen Compensationsrechts wieder von Einfluß geworden. Aber freilich bleibt den Parteien jetzt das Compensationsrecht selbst unverkümmert, es besteht vor wie nach unabhängig vom Ermessen des Richters, nur die Frage, ob die Compensationseinrede noch im ersten Prozesse anzuhören, noch zu untersuchen sei, nicht ob sie überhaupt geltend gemacht werden könne, hat er zu entscheiden. Kann er sie nicht berücksichtigen, hält er es für zweckmäßig, den ersten Prozeß abzuschließen, so hat er

das Erforderniß der Liquidität auf die Fälle beschränkt, in denen nichtverwandte, ungleichartige Ansprüche zur Retention opponirt werden (S. 152). Ebenso wenig verdient die Erklärung Scheurls Beifall, welcher mit Recht davon ausgeht, daß Justinian im Prinzipium unserer Constitution Compensation auch bei dinglichen Klagen allgemein gestatten wollte und demnach an diesen Fall vorzüglich denkt, mit Unrecht aber das Erforderniß der Liquidität, die ganz allgemein verlangt wird, auf Compensationseinreden bei dinglichen Klagen und auf Fälle ursprünglicher Ungleichartigkeit beschränkt. Beitr. S. 179.

dem Beklagten Compensation, nicht etwa bloß die ihm ohnehin zuständige Klage vorzubehalten (*compensationes alio iudicio reservent*)¹⁾.

Demnach konnte der Beklagte dann, sich auf die Gegenforderung stützend, immer noch später in einem zweiten Prozesse Anerkennung der Compensation, Aufhebung des ersten unter Reservation gefällten Urtheils und Herausgabe des auf dasselbe hin Zwielgezählten verlangen. Einen technischen Namen hat diese Klage nicht, an eine *condictio indebiti* im eigentlichen Sinne ist nicht zu denken. Es war eine dem Justinianischen Rechte auch sonst bekannte Klage auf Annulation der Verurtheilung anzustellen.

Eine solche Klage war daher auch dann zulässig, wenn die Gegenforderung, worauf sich die Compensationseinrede stützt, selbst nicht klagbar etwa ein *naturale debitum* war, wenn die Forderungsklage selbst nach der Coeristenz der Gegenforderungen verfährt war.

Setzt der Verurtheilte diese Klage durch, so wird Alles so gestellt, als wenn die Compensation bei der Fällung des ersten Urtheils durchgeführt worden wäre. Die dem früheren Kläger

1) Das Referat, welches die Institutionen und Theophilus von unserer Constitution geben, ist freilich ungenau stylisirt, §. 30 J. 4, 6: *nostra constitutio easdem compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuunt*. Theoph. τὰς σαφείς καὶ ἀναμφιβόλους κομπενσατίωνας minderten ipso iure. — Man könnte danach Liquidität als ein materielles Requisite des Compensationsrechts betrachten; aber die gebrängte und darum wenig genaue Inhaltsanzeige muß vor dem Gesetze selbst zurücktreten. Deshalb können diese Stellen auch nicht die Ansicht beweisen, wonach zur Geltendmachung der Compensationseinrede absolute Liquidität gefordert wird; vergl. Haffse, Archiv S. 193—200. — Auch Buchta setzt irrthümlich §. 289 außer der Zahlbarkeit der Forderung auch Liquidität als materielles Requisite voraus.

vom Augenblicke der Compensabilität beider Forderungen zugesprochenen Zinsen werden compensirt¹⁾, etwaige Strafen wegen Nichtzahlung gelten nicht als committirt u. s. f.

4) Der Charakter des deutschen gemeinen Prozeßes steht mit dem des Justinianischen in einem diametralen Gegensatz. Während dieser sich völlig frei und lose bewegte, während die Parteien bis zum Urtheile beständig neue Thatsachen vorbringen konnten, auf der anderen Seite auch der Richter durch Prozeßregeln wenig gebunden, den freiesten Spielraum hatte, schreitet der deutsche Prozeß in gemessenem, festbestimmtem Schritte vorwärts und schreibt dem Richter wie den Parteien aufs genaueste ihre jeweilige Thätigkeit vor. Dagegen sucht er denn auch das Material, das in jedem einzelnen Prozeßabschnitte behandelt wird, auf das sorgfältigste zu erutren.

Diesem gemessenen, gründlichen Sinne, dieser strengen Tendenz konnten die Vorschriften der *c. ult. Cod. de compens.* nicht zusagen und wir finden daher, daß die deutsche Praxis ihre Bestimmungen schon frühzeitig und sehr constant modificirte. Man stützte sich dabei zum Theil auf die Auffassung des *Donellus*, wonach Liquidität überhaupt nur bei Compensationseinreden erforderlich sein sollte, die im letzten Stadium des Prozeßes vorgebracht wurden, vielfach ist man sich aber auch des Unterschiedes des römischen und des deutschen Zustandes klar bewußt geworden.

Noch *Wesenberg* hat in den *Paratitla in Pandectas* bezeugt: *moribus Saxoniae compensationi non est locus sicut nec reconventioni*. Bald darauf hat eine thüringische Con-

1) *Huber*, *prael. ad P. h. t. n. 4* meint zwar: *merito haec subtilitas non fuit admissa in foro*. Dagegen *Pufendorf I. obs. 178. Rug S. 233*.

stit. von 1572, const. 8 P. 5, sich an die Bestimmungen der Institutionen anschließend, Compensation für zulässig erklärt, jedoch nur bei liquiden Forderungen. Trotz dem klaren Wortlaute dieser Constitution hat sich aber die sächsische Praxis im ordentlichen Prozesse über das Erforderniß der Liquidität hinausgesetzt. So bezeugt Carpzov, def. forenses ad const. Saxonicas 1644 p. I. c. 8, def. 11. sed in processu ordinario compensatio veniat opponenda, quae procul dubio etiam in reprobatione per testes doceri potest und beschränkt die Anwendbarkeit der Constitution auf den summarischen Prozeß. Daraus ergibt sich, wie unrichtig es ist, wenn Sintonis¹⁾ aus jener kurfürstlichen Verordnung, welche nur einen Uebergangszustand bezeichnet, darauf schließen will, daß das Erforderniß der Liquidität im ordentlichen Prozesse der deutschen Anschauung gemäß sei.

Vielmehr setzen es die bestimmtesten Zeugnisse aus drei Jahrhunderten über allen Zweifel hinaus fest, daß die deutsche Praxis, nachdem sie einmal das Compensationsrecht adoptirt hatte, im ordentlichen Prozesse vom Requisit der Liquidität absah.

So verlangt Struv (syntagma 2 ed. 1652) Liquidität, nisi in processu ordinario, in quo et testibus et delationi locus est. So bestimmt Titius (jus privat. Romano-germanic. V. 43 §. 25 1709) hodie vero a diversitate processus executivi et ordinarii id dependet, in hoc etiam debitum illiquidum opponi ac in reprobatione ad liquidum opponi posse. Auch ein Scholium von Thomastus ad Huberi prael. ad pand. bezeugt: moribus nostris, si actor petit debitum per processum ordinarium . . . reus excep-

1) Sintonis, gem. Civilr. Bb. II. S. 427, Num.

tionem compensationis probaturus, etiam per testes aut jurisjurandi delationem id facere potest. In ähnlicher Weise sprechen dies im achtzehnten Jahrhunderte Carrach, Pufendorf, Overbeck ¹⁾ als Praxis aus, später Reh ²⁾ in einer sonst wenig bedeutenden Abhandlung.

Auch in neuester Zeit haben die deutschen Gerichte an der alten Praxis auf's entschiedenste festgehalten, obgleich die Theoretiker fast allgemein die justinianeischen Grundsätze auch als für uns geltend betrachteten. So finden wir in den Blättern für Rechtsanw. in Bayern, daß beim Appellationsgerichte des ehemaligen Rezatkreises (1825—1834) stets illiquide Compensationen zugelassen wurden ³⁾. Dafür hat sich in gründlich motivirtem Gutachten des D. A. Ger. zu Zerbst ausgesprochen ⁴⁾. Ebenso hat das Großh. Hess. Oberappellationsgericht constant geurtheilt (Urtheil vom 16. März 1846) Umber gegen Krenz und neuerlich (am 10. Januar 1852) Müller gegen Faustmann ⁵⁾ die Nichtberücksichtigung der Illiquidität als eine längst und vielfach adoptirte Rechtsprechung anerkannt. Auch das D. A. Ger. zu Celle, welches schon früher dieselbe Ansicht mehrmals ausgesprochen hatte ⁶⁾, geht davon aus ⁷⁾, „daß in dem ordentlichen Verfahren, dessen Aufgabe es nicht ist, bloß vorläufig dem einen Theile zu seinem Rechte zu verhelfen, bei dem

1) Carrach, de brocardico liquidi § 6. Pufendorf obs. I. 178. Overbeck Bd. 8, Mebit. 425.

2) Reh, Archiv Bd. 2, S. 210.

3) Blätter für Rechtsanw. 4r Bd.

4) Sachicht, Erörter. und Entsch. Bd I. S. 269—272 in Seuffert, Archiv Bd. I. n. 366.

5) Mir durch Fuhr mitgetheilt; vergl. dessen Recens. v. Krug S. 273.

6) Vergl. Sagemann, prakt. Erörter. Bd. 7, n. 8. Pufendorf, obs. cit. I. obs. 178.

7) Magazin für hannoversches Recht Bd. IV. 1854, S. 52—56.

es sich darum handelt, definitiv die Rechte beider Theile zu einander festzustellen, die Einrede der Compensation wie jede andere zuzulassen sei, ohne Unterschied, ob sie liquide sei, und daß die Gerichte wohl daran thun, wenn sie eine hierauf seit langen Jahren und constant gerichtete Praxis in Schutz nehmen gegen abweichende neuere Theorien, die immerhin die richtige Auslegung außer Gebrauch gekommener Gesetze für sich haben mögen“ und hat erkannt, „daß nach richtiger durch eine constante Praxis der großen Mehrheit der Gerichte des Landes bestätigter Ansicht der Vorschrift der c. 14 Cod. de compens. als nur auf das römische Prozeßverfahren Bezug habend und mit diesem in Zusammenhang stehend, auf unser heutiges prozessualisches Verfahren Anwendung nicht zu geben sei.“

Gegen diese vereinigten Zeugnisse kommen einige abweichende Entscheidungen von Mevius (p. l. dec. 122), der dec. Hass. Cassel (p. IV. 403, p. 16) und neuerdings des D. A. Ger. zu Stuttgart ¹⁾ nicht in Betracht.

Auch die Fassung des jüngsten Reichsabschiedes wird mit Recht für die gemeine Praxis angeführt. Es wird da nicht nur bestimmt, daß Alles, was der Beklagte (zur Zeit der Litiscontestation) dilatorie oder peremptorie anzuwenden haben möchte, auf einmal bei Strafe der Präclusion einzubringen sei, sondern auch §. 48, daß der Beklagte mit dem Beweis der angebrachten peremptorischen Einreden nach dem Kläger an die Reihe treten solle. Dadurch allein ist freilich, wie H a s s e ²⁾ bemerkt, noch nicht unbedingt ausgeschlossen, daß irgend eine bestimmte Einrede ihrer besonderen Natur nach könne zurückgewiesen werden. Allein es läßt

1) Seuffert, Archiv V. n. 123.

2) H a s s e S. 205. S i n t e n i s, gem. Civilt. Bb. 2, S. 427, Anm.

sich doch nicht leugnen, daß die gemeine Praxis — welche freilich, wie wir zeigten, älter ist, als der jüngste Reichsabschied — mit den in demselben waltenden Prinzipien allein conform ist.

Liquidität ist demnach nach heutigem gemeinem Rechte zur Geltendmachung der Compensation nicht erforderlich, wenn die Hauptklage im Wege des ordentlichen Prozesses angestellt wurde ¹⁾ und die Compensationseinrede sogleich in der Einrebedschrift vorgeschützt würde. Sie wird verlangt, wenn Compensation in einem späteren Stadium des Prozesses vorgebracht wird, wenn sie noch in der Executionsinanz geltend gemacht werden soll, wenn die Klage im summarischen Verfahren verhandelt wird.

5) Die neueren Gesetzgebungen gehen in Bezug auf das Erforderniß der Liquidität, wie dies bei einem Gegenstande, der sich durch Zweckmäßigkeitserwägungen regulirt, begreiflich ist, von ganz verschiedenen Grundsätzen aus.

Das preuß. Landrecht unterscheidet vollkommen richtig zwischen dem Compensationsrechte und der sofortigen Geltendmachung der Compensation bei der Verhandlung der Klage. Es bestimmt zwar, daß die Compensation nur insoferne stattfinden, als die bestrittene Gegenforderung sofort liquid gemacht werden könne (h. t. §. 359), daß inzwischen der Schuldner Zahlung leisten müsse und nur, wenn die Erfordernisse eines gesetzmäßigen Arrestschlags da seien, zu einstweiliger Deposition zugelassen werden könne (eod. tit. §. 226); wird aber dann die bestrittene

1) Mit diesen Ansichten sind einverstanden Glück Bb. 15, S. 79. Krug, Compens. §. 92, der mit Recht zeigt, daß von einem Abmessen der größeren oder geringeren Liquidität im gemeinen Prozesse nicht die Rede sein kann; P a r r e r §. 65 u. 66, freilich in confuser Ausführung; S e u f f e r t, prakt. Pandektenrecht Bb. 2, S. 133, während die meisten Theoretiker nach dem Vergange P a s s e 's das justinianeische Recht für anwendbar halten.

Gegenforderung in der Folge liquid gemacht, so wird die Schuld als von Anfang an liquid geachtet (§. 361).

Dagegen hat das französische Gesetzbuch auf diese Unterscheidung nicht geachtet und dadurch unsägliche Verwirrung in unsere Lehre gebracht. Nach dem Vorgange Pothiers ¹⁾ bestimmt der code civil art. 1294: la compensation n'a lieu, qu'entre deux dettes . . . qui sont également liquides ou exigibles.

Man hatte in den Discussionen des Staatsrathes vorgeschlagen, den liquiden Forderungen leicht liquidable ²⁾ gleichzusetzen, und obgleich dies hier nicht angenommen wurde, so hat es die Praxis nach manchem Schwanken adoptirt und der französische Richter hält sich für berechtigt, dem Beklagten einen Termin zu setzen, innerhalb dessen er seine Gegenforderung zu erweisen habe und dann die Compensation auszusprechen. So meint unter Anderen die cour de Paris, qu'il ne fallait pas prendre dans un sens rigoureux et judaïque le mot liquide et que l'on devait considerer comme susceptible de compensation tout ce qu'était facile à liquider ³⁾. Freilich sind die meisten Schriftsteller dann wieder der Ansicht, daß in solchem Falle Compensation erst vom Augenblicke der richterlichen Anerkennung oder auch des Compensationsbegehrens Wirkung äußere ⁴⁾; was nur Delvincourt ⁵⁾ wenigstens den

1) part. III. chap. IV. §. 2, n. 952. Es lag darin ein Anschluß an die noch unvollständige Rechtsbildung des droit coutumier, während die Praxis in Ländern des geschriebenen Rechts die Liquidität nicht als absolute faßte.

2) Fenet, tome XIII. p. 89.

3) Sirey 30, 2, 852.

4) Duranton, cours de droit civ. tome XII. lib. III. tit. III. §. 398. Auch Marcadé tome IV. §. 640 findet hier einen Fall seiner compensation facultative.

5) Delvincourt tome II. p. 574 u. 581. Paris 1824.

Grundsätzen des materiellen Rechts gemäß verwirft, da es doch gleichgültig sein muß, auf welche Weise sich hinterher herausgestellt hat, daß der Beklagte berechtigt war, Compensation anzusprechen.

Ist aber eine Gegenforderung als illiquid nicht berücksichtigt worden, so hat der Beklagte kein Recht, Compensation geltend zu machen, so wenig dies der materiellen Gerechtigkeit entspricht. Es kommt daher auf den zufälligen Umstand der leichteren oder schwereren Beweisbarkeit der Gegenforderung an, ob der Beklagte inzwischen abgelaufene Zinsen, fällig gewordene Strafen zu entrichten habe, ob er eine nach der Coexistenz verjährte Forderung zur Compensation bringen kann, ob er im Concurse seine volle Schuld zahlen muß und für die ihm bereits erwachsene, nur nicht sofort beweisbare Gegenforderung nur Prozente erhält. Offenbar liegt hierin die größte Unvollkommenheit des französischen Compensationsrechts.

Das österreichische Gesetzbuch hat den Artikel des code übersezt, indem es im §. 1439 bestimmt: „Zwischen einer richtigen und nicht richtigen, sowie zwischen einer fälligen und noch nicht fälligen Forderung findet Compensation nicht statt.“

Richtig soll nichts anderes heißen als liquid ¹⁾. Da nun aber nur Urtheile nach österreichischem Rechte liquid sind und demnach dem Wortlaute unseres Paragraphen nach Compensation aufs äußerste beschränkt wäre, so hat man sich auf eigenthümliche Weise zu helfen gesucht ²⁾. Man hat angenommen, daß richtige Forderungen solche seien, die sich auf einen gültigen

1) So übersezt das bad. Landrecht art. 1291 des code, „deren jede gleich richtig und zahlbar ist.“

2) Winniwarter, das österreichische Recht Ebl. 5, S. 105.

Rechtstitel gründeten und denen keine peremptorische Einrede entgegenstehe; man hat durch dieses Mittel das Requisite der Liquidität aus dem Gesetzbuche verbannt und überläßt dem Richter im einzelnen Falle zu entscheiden, ob eine Gegenforderung etwa wegen Illiquidität zu besonderer Verhandlung auszufetzen sei ¹⁾.

Der Großh. Hess. Entwurf bestimmt, Abth. 4, Bd. 1, Tit. 4, §. 318: nach den Regeln des Prozeßrechts ist es zu beurtheilen, inwiefern die Einrede der Wettschlagung sofort erweislich sein muß und setzt demnach, sich der gemeinrechtlichen Praxis anschließend, im ordentlichen Prozesse keine besondere Liquidität voraus ²⁾. Um so mehr ist aber die Vermischung des materiellen und prozeßualischen Gesichtspunktes §. 321 zu rügen, wonach der Schuldner, welcher der Klage des Gläubigers die Einrede der Wettschlagung entgegengesetzt hat, jedoch damit zu einem besonderen Verfahren verwiesen worden ist, nur noch seine Gegenforderung geltend machen kann.

Der sächs. Entwurf übergeht die Sache und läßt also die Grundsätze des gemeinen Rechts bestehen.

§. 50.

Erkenntniß über die Compensationseinrede.

1) Ist Compensation gehörig beantragt und erscheint ihre Geltendmachung nicht etwa wegen Illiquidität in einem vorliegenden Prozeß als unstatthaft, so hat der Richter die Existenz

1) Wertwüßig ist übrigens ein k. k. Hofdekret vom 15. Januar 1787, wonach das Compensationsrecht stets in Gestalt einer ordentlichen Widerklage angebracht werden mußte, dessen fortdauernde Gültigkeit Schuster, Wien 1830, in einer eigenen Abhandlung behauptet hat.

2) Vergl. Motive S. 162.

und Größe der Gegenforderung wie die der Forderung zu prüfen und falls er beide begründet und compensabel findet, Compensation der Forderungen bis zu gleichem Betrage auszusprechen.

Dadurch werden die Gegenforderungen zwar immer noch nicht ipso jure getilgt, aber es treten nun doch dieselben Folgen ein, wie wenn sie wirklich gezahlt wären; nicht nur für die Parteien selbst, sondern auch für Dritte ¹⁾).

Namentlich kann sich nun auch der Kläger wie der Beklagte auf das Vorhandensein eines Urtheils über Compensation berufen, falls der Gegner sich später beikommen ließe, aus dem Anspruche, der zur Compensation diene, noch einmal Klage zu erheben. Der zweite Richter hat sich nach den Grundsätzen der Rechtskraft weder auf eine nochmalige Erörterung über die Existenz der Forderung, auf welche das richterliche Urtheil compensirte, noch auf eine sonstige Untersuchung der Richtigkeit jenes Ausspruches über Compensation einzulassen ²⁾).

Wenn aber ein Dritter, ein Bürge, ein *correus socius*, eine Gegenforderung eines Mitschuldners *Numerius* zur Compensation brachte, so wirkt die Compensation zwar auch gegen *Numerius*, allein nur wenn ihre Voraussetzungen wirklich vorhanden waren, es bleibt ihm dagegen unbenommen, deren

1) Vergl. c. 4 C. de compens. oben S. 373. Auch der Hauptschuldner beruft sich nun auf die mit dem Bürgen durchgeführte Compensation der *Correus* auf die Compensation des *Correus*. Der zweite Pfandgläubiger tritt in den ersten Rang, wenn der erste Pfandgläubiger mit dem Schuldner compensirt hat u. s. f.

2) Vielleicht gehört hierher die Einrede, deren fr. 19 §. 3 D. de probationibus 22, 3 gedenkt. *Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur.* Vergl. auch oben S. 46.

Nichteristenz nachzuweisen, da ihn das unrichtige Urtheil unter Dritten nicht bindet ¹⁾).

2) Wird die Forderung des Klägers als rechtlich ungegründet erkannt und abgewiesen, so bleibt die Gegenforderung, die eventuell eine Compensationsseinrede begründen sollte, völlig unberührt.

3) Erscheint aber die Forderung des Klägers als begründet, die Compensationsseinrede aus irgend einem Grunde als unstatthaft, so wird der Prozeß zu Gunsten des Klägers entschieden, der Beklagte vollständig verurtheilt.

Man könnte glauben, auf eine anderweitige Geltendmachung der Gegenforderung hätte eine solche Sentenz keinen Einfluß. Dem Richter ist die Beurtheilung der Gegenforderung zunächst nur zur Begründung einer Compensationsseinrede überwiesen worden, sein Urtheil scheint daher nur in Bezug auf die Frage der Richtigkeit dieser Einrede von Relevanz zu sein. Allein man ist hierin schon im späteren klassischen Rechte, wenn auch nicht ohne einiges Bedenken weiter gegangen. Da einmal der Richter mit der Untersuchung über die Gegenforderung betraut war und in Folge der Verhandlung sich eine Ueberzeugung über deren Richtigkeit zu bilden hatte, so kam man dahin auch dem Spruche, der dieselbe verwarf, gleichfalls Kraft und Wirkung eines Urtheils beizulegen. Die Nichtberücksichtigung der vorgeschützten Compensationsseinrede schmälert dagegen allein das Forderungsrecht des Beklagten nicht ²⁾).

1) Derj. Ans. Krug S. 258. Ueber ein Mittel, auch gegen den Dritten Rechtskraft herbeizuführen, siehe oben S. 387.

2) Ulpianus libro 10 ad edictum, fr. 10 D. de neg. gest. 3, 5. Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi. Quodsi post examinationem reprobatas

Ob die Verwerfung im Endurtheile selbst geschah, ob sie vorher in einem Interlocute bestimmt wurde, ob sie im Tenor des Urtheiles über die Hauptsache oder in den beigegebenen Motiven ihre Stelle fand, ist völlig gleichgültig. Ein Beispiel liefert ein Urtheil des D. A. Ger. zu München ¹⁾. Es war auf Beweis der Compensationseinrede erkannt, nach Durchführung des Beweises dem Kläger der Reinigungsseid auferlegt und der Beklagte nach dessen Ableistung auf die Klagsumme verurtheilt; ohne daß die Compensation besonders verworfen wurde. Als der früher Beklagte jene zur Compensation vorgebrachte Forderung später einzuklagen versuchte, trat ihm die *exceptio rei judicatae* mit Recht entgegen, denn in dem Interlocute, welches dem Kläger den Reinigungsseid auflegte, lag eine bedingte Verwerfung der Gegenforderung.

Die Verwerfung muß aber direkt oder indirekt unzweideutig ausgesprochen sein. Die *exceptio rei judicatae* steht daher nicht entgegen, wenn der Richter den Beklagten, ohne sich über den Grund der Verwerfung der Compensationseinrede zu erklären,

fuerint pensiones a iudice, verius est, quasi re iudicata amplius agi non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est. Idem libro 28 ad edictum, fr. 7 §. 1 D. de compensat. Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei iudicatae exceptio opponi potest. Aliud dicam, si reprobavit pensionem quasi non existente debito, tunc enim rei iudicatae mihi obstat exceptio. fr. 1 §. 4 D. de contr. tut. act. 27, 4. — Savigny, System Bd. 6, S. 358 findet in unseren Entscheidungen ein Argument für die Rechtskraft der Gründe nach röm. Rechte. Wie man auch über diesen Rechtsatz denken mag, so ist jedenfalls in unserem Falle das Eigenthümliche, daß über einen vom Beklagten besonders vorgebrachten, zwischen den Parteien verhandelten Rechtsanspruch eine richterliche Entscheidung vorliegt, was nicht immer bei Sähen, die in den Motiven ausgesprochen sind, der Fall sein wird. Vergl. Beder, Consumption S. 124.

1) Seuffert, Archiv Bd. I. n. 367.

„Einredens unerachtet“ condemnirte. Ebenſowenig, wenn dem Beklagten der Beweis der Compensationseinrede auferlegt war und der Richter erkannte, „daß der Beklagte dasjenige, was zu erweiſen, wie Recht nicht erwieſen habe“, da es nicht ausgemacht iſt, ob nicht bloß die Compensabilität verworfen wurde; während die res judicata allerdingſ entgegenſtünde, falls dem Beklagten der Beweis der Exiſtenz der Gegenforderung auferlegt und dieſer für mißlungen erklärt würde. Es iſt ihr auch dann nicht ſtattzugeben, wenn der Beweis des Compensationsrechts rechtskräftig auferlegt worden iſt, allein der Beklagte ſich an demſelben verſäumt oder demſelben renunciirt hat ¹⁾. Darin liegt nur ein Aufgeben oder eine Verlaſtigung des Compensationsrechts.

Hätte der Richter bei der Erörterung der Compensationseinrede gefunden und erkannt, daß die Gegenforderung die Forderung um einen gewiſſen Betrag überſteige, ſo würde auch dieſe Entſcheidung Recht unter den Parteien machen ²⁾.

§. 51.

Zeitpunkt der Abrechnung.

Wird Compensation beantragt und kommt ſie zur Anerkennung, ſo werden die Gegenforderungen nicht erſt vom Augenblicke des richterlichen Urtheils an als getilgt betrachtet, vielmehr wird rückwärts der Augenblick zu Grunde gelegt, in welchem ſie ſich compensabel gegenübertraten.

Wir haben ſchon geſehen, daß man dieſes meiſt aus dem Prinzipie zu erklären ſuchte, daß Compensation bereits ohne menſchliche Thätigkeit ipſo jure im Augenblicke der Coexiſtenz der Forderungen eingetreten ſei, wir haben aber auch gezeigt,

1) A. Anf. über dieſe Punkte Rrug S. 259.

2) a. Anf. Rrug S. 258.

daß dieses Prinzip irrig ist und schon angedeutet, daß sich jener Satz einfach daraus erklärt, daß mit dem Augenblicke des Gegenübertretens compensabler Gegenforderungen jede Partei ein Recht auf Compensation, eine Einredebefugniß erhält, deren Geltendmachung nur noch ihres Willensaktes bedarf ¹⁾.

Die nächste Folge eines ständigen Einrederechtes ist freilich die Befugniß, gänzliche oder theilweise Abweisung der Klage zu fordern; allein regelmäßig schließen sich daran noch eine Reihe von Consequenzen. Da der Schuldner nicht mehr zur Erfüllung genöthigt werden kann, so gilt er vom Augenblicke des Erwerbs der Einrede an als nicht mehr verpflichtet.

Fr. 66 D. de divers. reg. juris 50, 17. Julianus libro 66 Digestorum. Marcellus ait, debitor esse desinit, qui *nactus est exceptionem justam*, nec ab aequitate abhorrentem.

Fr. 20 §, 3 D. de liberali causa 40, 12. Obligatum accipere debemus, si exceptione *se tueri non potest*, ceterum si potest, dicendum est, non esse obligatum.

Die Obligation ist *inanis, quasi nulla* ²⁾; derjenige, welchem ein solches Einrederecht zusteht, kann nicht mehr als in mora ³⁾ befindlich gelten, er kann nicht mehr gezwungen werden, wenn er die Einrede benützen will, Zinsen, vertragmäßige oder gesetzliche, zu prästiren, er kann die Pfandklage zurückweisen, endlich steht ihm sogar eine *condictio indebiti* zu, wenn er sein Einrederecht nicht kennend ⁴⁾, zahlte.

1) Vergl. oben S. 301.

2) Fr. 7 §. 8 D. de dolo malo 4, 3. fr. 112 D. de div. reg. juris 50, 17 u. f. f.

3) fr. 40 D. de rebus creditis 12, 1.

4) fr. 26 §. 3; fr. 40 D. de cond. indeb. 12, 6.

Freilich hat nun doch die Compensationseinrede ihre Eigenthümlichkeiten. Die meisten Einreden sind dem Beklagten ausschließlich zum Vortheile, sie weisen den Kläger ab, ohne daß er selbst ein Opfer zu bringen hat. Deshalb wird er sie fast immer auch wirklich zur Hand nehmen. Die Compensationseinrede dagegen führt dahin, daß auch der Beklagte ein Recht verliert; sie wird häufig dem Kläger so vortheilhaft sein, als dem Beklagten, ja es kann sich die Sache so gestalten, daß ihre Anrufung nur im Interesse des Klägers liegt¹⁾. Deshalb wird sie der Beklagte nicht immer geltend machen und häufig die Gegenforderungen bestehen lassen. Denn auch darin ist die Compensationseinrede eigenthümlich. Die meisten Einreden haben ihre Basis in einem bloßen Einrederecht, dieses ist nur durch rechtzeitiges Vorbringen im Prozesse realisirbar, das Compensationsrecht hat seine Grundlage in einer selbstständigen Forderung, es bleibt dem Beklagten, der dasselbe nicht geltend macht, in der Regel der Weg eigener Klage offen.

Aber deswegen ist es nicht minder bei der Compensationseinrede wie bei anderen Exceptionen richtig, daß der Schuldner nicht mehr zur Erfüllung gezwungen werden kann, wenn einmal ihre objektiven Voraussetzungen eingetreten sind und darum mußte sich consequent an diesen Augenblick die Sistirung der Wirkungen der Gegenobligationen knüpfen, falls sie zur Sprache kam. Hervorgehoben wird uns dies in den Quellen gerade in Bezug auf die prägnantesten Punkte, die Sistirung des Zinsenlaufes und die Zuständigkeit einer *condictio indebiti*.

1) Die Sistirung des Zinsenlaufes vom Augenblicke der Compensabilität an, hat schon *Septimius Severus* erkannt.

1) Vergl. S. 251 fgnbe.

Fr. 11 D. de compensat. Ulpianus libro 32 ad edictum. Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

Vorausgesetzt wird hier aber, obgleich es nicht ausdrücklich besagt ist, daß der Schuldner sich wirklich auch auf die Compensationsseinrede berufen hat. — Brinz¹⁾ hat dies freilich in neuerer Zeit geleugnet. Er behauptet, daß die Liberirung von der Verpflichtung durchaus nicht ihren Grund in einer Compensationsseinrede habe, daß sie bloß durch singuläre Billigkeitsrückfichten veranlaßt sei, daß keine Consequenz der Compensationslehre, sondern eine Vertheidigung ex lege vorliege und daß es deshalb zur Sistirung des Zinsenlaufes der Berufung auf die Compensation der Hauptforderungen gar nicht bedürfe.

Dies wird aber schon durch den bestimmten Ausdruck Alexanders in c. & C. de compens. widerlegt²⁾, welcher den Satz, daß der Beklagte vom Momente der Coexistenz der Forderungen an nur die Zinsen des Ueberschusses zu entrichten habe, mit bestimmten Worten als eine Folge der Compensation und eine Consequenz des Prinzips darstellt, wonach bei der Compensation der Augenblick des Compensationsrechts und des Gegenübertretens der compensabeln Gegenforderungen zu berücksichtigen ist.

Ebenso hat auch Philippus die Sistirung des Zinsenlaufs als eine natürliche Folge des Compensationsrechts nicht als eine Singularität aufgefaßt und den Grund dieses Satzes in der Hemmung des Klagrechts, in der Befreiung durch die Compensationsseinrede gesucht.

1) Compens. S. 19, S. 158.

2) Oben S. 320.

Philippus C. Antiocho, c. 7 C. de solut. 8, 43:
Ejus pecuniae, cujus petitionem *ratio compensationis* excludit, usuras non posse repositi, manifestum est.

Und ebensowenig hat Brinz beachtet, daß auch c. 5 C. de compens. ausspricht: *aequitas compensationis* excludit *usurarum computationem* ¹⁾.

2) Eine noch prägnantere Folge des Umstandes, daß die Compensation ein ständiges Recht des Beklagten geworden ist, ist die Zulassung der *condictio indebiti*, falls der Schuldner gezahlt hat, ohne zu wissen, daß ihm eine Gegenforderung und ein Compensationsrecht zustehe. Dies spricht Ulpian aus in fr. 40 §. 1 D. de compens., nachdem er auseinandergesetzt hat, daß dem Gesellschafter ein Recht auf Compensation wechselseitiger Nachlässigkeit zustehe:

si quis igitur compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto.

Daneben kann der Schuldner auch die ordentliche Forderungsklage anstellen, falls er auf sein Compensationsrecht verzichtete ²⁾.

Indessen fragt es sich doch auch, ob sich der Gegner, welcher Zahlung angenommen hatte, ohne etwas von seiner Schuld zu wissen, die Forderungsklage gefallen lassen muß, ob er nicht auch nachträglich Compensation anrufen kann. Und dies wird in der That nicht geleugnet werden können, da das Compensationsrecht beiden Theilen erworben war. Wenn also der Empfänger der Zahlung vom Gegner mit der Forderungsklage auf seine Schuld belangt wird, so kann er diesem immer

1) Vergl. Arndts, Pandekten S. 411.

2) Fr. 7 §. 1 D. de compens.

noch die Compensationseinrede entgegenstellen, vorausgesetzt, daß er das, was er empfangt, als ein indebitum zu restituiren bereit ist. Wie praktisch wichtig dies unter Umständen sein kann, zeigt folgender Fall, der sich in Frankreich noch unter der Herrschaft des römischen Rechts zutrug ¹⁾.

Ein gewisser Grabot schuldete schon 1788 Lapeyrère die Summe von 9822 Francs, ohne seine Schuld zu kennen. Lapeyrère wurde auf der anderen Seite Grabot 40,000 Francs schuldig, die er zum Theil im Jahre 1792 und im Jahre III. der Republik in Assignaten, deren Coursverth unter dem gesetzlichen Werthe stand, abzahlte. Der Gegenforderung geschah dabei keine Erwähnung. Später erst, 1812, klagte Lapeyrère seine Forderung an Grabot ein, dieser berief sich auf Compensation und behauptete, daß seinem Gegner nur noch eine *condictio indebiti* auf das zuviel in Assignaten Bezahlte und zwar nach der inzwischen bestimmten *échelle de dépréciation* zustehe. Der Gerichtshof ging darauf ein und gestattete ihm, gestützt auf fr. 40 §. 1 D. de compensat., nur eine Rückforderungsklage. Jedenfalls scheint uns das richtig, daß der Forderungsklage von Lapeyrère immer noch Compensation opponirt werden konnte.

Irrig ist es, wenn Krug ²⁾ behauptet, daß der Gläubiger, welcher, die Existenz des Compensationsrechts kennend, Zinsen annahm oder auch das Kapital eintrieb, ein *Furtum* begehe, durch die *condictio furtiva tenent* sei. Denn es ist Sache dessen, welcher aus dem Compensationsrechte Vortheil ziehen

1) 10. Mai 1826. Pau. Grabot c. Lapeyrère. J. de Palais t. 20, S. 476.

2) Krug, Compensation S. 266.

will, sich darauf zu berufen, der Gegner ist bis dahin befugt, sein Forderungsrecht auszuüben.

Hat der Schuldner, sein Compensationsrecht kennend, seine Schuld gezahlt, so hat er für immer auf das Compensationsrecht verzichtet, nicht aber auf seine Forderung. Hat er etwa, wissend, daß ihm ein Compensationsrecht zustehe, doch Zinsen gezahlt, so liegt darin nur ein Verzicht auf die Geltendmachung für die frühere Zeit, nicht auf die spätere Ausübung der Compensation.

3) Nach denselben Grundsätzen muß auch mit der Existenz der Gegenforderung der Verzug mit seinen Nachtheilen aufhören. Brinz¹⁾ leugnet dies, weil es nicht durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bewiesen sei; allein es bedarf keines weiteren äußeren Beweises für den Satz, daß derjenige, welcher, wenn er zahlt, ein „indebitum“ entrichtet, wenn er das Indebitum nicht leistet, nicht in mora geräth²⁾.

Ebenso verhält es sich mit Conventionalstrafen. Demgemäß würden wir entscheiden, daß der Rückfall einer unter *lex commissoria* verkauften Sache nicht eintritt, wenn dem Käufer innerhalb der für die Zahlung gestellten Frist eine Gegenforderung erwächst, auf die er sich später wirklich zur Compensation

1) Brinz, Compens. S. 17.

2) Vergl. übrigens fr. 40 D. de rebus creditis 12, 1. . . „non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.“ Bangerow führt noch als Analogie an: „argument. fr. 31 §. 1 D. de her. pet. 5, 3“ (Bd. III. S. 353). Merkwürdig genug findet Brinz darin in folgenden Worten einen Widerspruch B. mit sich selbst: „Zur Rechtfertigung des beenbigten Verzugs warfen sich (?) Krug und Bangerow auf l. 31; hiergegen beziehe ich mich der Kürze halber (?) eben auf B., der einige Seiten vorher gegen Krug nachgewiesen hat, daß diese Stelle nicht von Compensation handelt (!).“

beruft ¹⁾). Eine Ausnahme würde dies nur leiden, wenn der Käufer Effektivzahlung zu leisten versprach.

Unter denselben Voraussetzungen entgeht der Emphyteuta der Privation ²⁾).

§. 52.

Compensationsvertrag.

Nicht nur durch den Richter, sondern auch durch Convention der Parteien kann Compensation durchgeführt werden. Während die Parteien vom Augenblicke der Coexistenz an nur ein Recht auf Compensation hatten, so treten durch den Compensationsvertrag die viel weiter greifenden Folgen einer vollzogenen Compensation ein.

Es erhielt sich daher natürlich, selbst nachdem es Rechtsatz geworden war, daß jeder Theil die Klage des Gegners durch eine Compensationseinrede wett schlagen konnte, der Gebrauch vertragmäßiger Compensation in Rom ³⁾). Wir finden, daß beide Forderungen unter Umständen durch Formalakte getilgt wurden ⁴⁾). Nicht selten werden aber auch einfache Compensationsverträge über die Aufhebung der Gegenforderungen erwähnt ⁵⁾).

1) Overbeck, *Recht*. Bb. 6, S. 270, 350 *Recht*. „der Verkäufer kann sich seines aus dem commissarischen Vertrage ihm zustehenden Rechte nicht bedienen, wenn der Käufer gegen ihn die Einrede der Compensation hat.“ *Derf. Meinung Brunne mann, ad leg. ult. D. de lege commissoria.*

2) *Prug* S. 71, *Ann.* 151 und dort cit.

3) *Vergl.* S. 22.

4) *Fr.* 47 §. 1 *D. de pactis* 2, 14.

5) *fr.* 52 §. 1 *D. de pactis*; *fr.* 51 §. 1 *D. eod.*; *fr.* 4 *D. qui pot.* 20, 4.

Solche Compensationsverträge kommen heutzutage besonders häufig unter Kaufleuten vor ¹⁾. In dem Contocurrentabschluss liegt nichts anderes. Hierbei genügt übrigens die Annahme des Salvo nicht, um die Absicht des Empfängers, die einzelnen Posten und die aufgestellte Abrechnung für richtig anerkennen zu wollen, festzustellen. Vielmehr ist vorausgesetzt und zu beweisen, daß eine Prüfung der einzelnen Ansätze vorausgegangen ist, oder daß der Rechnungsempfänger sonst sein Einverständnis mit dem Ergebniß der Rechnung zu erkennen gegeben hat ²⁾.

Verschieden sind die Verträge de nominibus compensandis, wodurch etwa im voraus bestimmt wird, daß auf einen Kaufpreis gewisse künftige oder auch gegenwärtige Schulden aufgerechnet werden sollen ³⁾.

Compensationsverträge über Aufhebung der Gegenforderungen können auch abgeschlossen werden, wenn nicht alle Voraussetzungen des Compensationsrechts vorhanden, namentlich wenn die Gegenforderungen nicht fällig, selbst wenn sie nicht gleichartig sind ⁴⁾. Dagegen ist natürlich nothwendig, daß beide Theile Dispositionsbefugniß über die Forderungen hatten. Diese fehlt in dem in c. 13 C. de compens. ⁵⁾ entschiedenen Falle.

1) Auch das Contriren und ähnliche Institute des Handelsrechts bilden vertragmäßige Compensationen.

2) Entsch. der sächs. Ger. Wochenbl. für merkwl. Rechtsf. 1845, S. 232 u. folgende.

3) Mevius pars V. dec. 327.

4) Brinz leugnet dies zwar S. 150, doch ohne Grund.

5) Diocletianus et Maxim. Baso. Si velut in id debitum, quod sollemnium publicorum pensitationum nomine debueras, compensaturo tibi, nihil te petiturum postea Muciano scripsisti, redditus his, quae venerant in compensationem non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.

Hier fand ein Compensationsvertrag zwischen Mucianus, einem Steuererheber mit einer Steuerforderung und Bassus mit einer Privatforderung statt, in Folge dessen Bassus eine Erklärung abgab, daß er seine respective Forderung nicht einlagen wolle. Nachdem der Steuererheber nun doch die fiscalsche Forderung beigetrieben hat, kann Bassus nicht, gestützt auf seinen Compensationsvertrag, Rückforderung des Gezahlten verlangen, da Mucianus zur Compensation nicht berechtigt war; er kann keine *condictio indebiti*, sondern nur seine Forderungssklage anstellen.

Sehr häufig behauptet man, eine vertragsmäßige Compensation sei eine wirkliche Abart der Zahlung ¹⁾. Dies halten wir für unrichtig, da von keiner Seite irgend ein Zahlungsobject herbeigebracht wird, da dies sogar vollständig fehlen kann. Dagegen knüpfen sich, wie wir schon zeigten, an die vertragsmäßig durchgeführte, ebenso wie an die richterliche Compensation alle materiellen Folgen, die bei einer Zahlung eintreten würden ²⁾.

Doch ist die vertragsmäßige Compensation von der richterlichen in einem Punkte verschieden. Ist die Compensation vom Richter rechtskräftig anerkannt, so kann die Existenz der aufgehobenen Gegenforderungen von den Parteien nie mehr bestritten und angefochten werden; ist sie durch Vertrag bestimmt, so bleibt dem Vertragsschließenden der Beweis offen, daß die Forderung, auf welche er compensiren wollte, gar nicht existirte.

1) Schon Bethmann-Hollweg S. 268. Auch Molitor. *traité des obl.* III. n. 989. Brinz, *Compens.* S. 138.

2) Fr. 4 D. qui potiores 20, 4. Vergl. oben S. 373.

